

INITIATION AU DROIT PUBLIC – Propos préliminaires et introductifs

Catherine MOULINIER-VOISIN

Quelques repères : Qu'est-ce que le droit ?

Le droit est un phénomène social constant, qui se crée ou se récrée de façon naturelle dès que deux individus sont réunis. La création ou l'élaboration de règles fondées sur des considérations autres que purement morales ou religieuses est un phénomène qui se retrouve dans toute société, quel que soit le niveau de développement de son organisation.

On peut définir le droit comme l'ensemble des règles et normes générales et impersonnelles qui donnent droits et prérogatives aux personnes et sont, par conséquent, susceptibles d'une exécution contrainte institutionnalisée, notamment par l'intervention de la puissance publique, c'est-à-dire de l'État.

Droit et valeurs morales

La sanction attachée à la règle de droit est ce qui la distingue d'autres règles, telles que les règles morales et de politesse.

Le droit est également distinct de l'éthique en ce sens qu'il ne se prononce pas sur la valeur des actes (bien ou mal), mais définit ce qui est permis ou défendu par l'État dans une société donnée.

Droit naturel et droit positif

Le droit positif est le droit applicable à un Etat, à un moment donné (il est « posé »). C'est un ensemble de règles produites par l'autorité investie du pouvoir de les créer (par exemple, le Parlement). Ces règles tirent leur légitimité du fait que, dès leur production au terme du processus prévu, elles s'appliquent sans qu'il soit besoin de se poser la question de savoir si elles sont justes ou non.

Au droit positif on oppose le droit naturel. Selon Platon, une loi injuste ou mauvaise n'est pas du droit. Sophocle (à travers Antigone qui entend braver l'interdiction émise par le roi Créon, son oncle d'enterrer son frère Polynice) estime qu'il y a des lois supérieures aux lois de l'Etat : les lois naturelles, intangibles et universelles. Selon les anciens, elles sont fondées sur l'observation de la nature et s'imposent dès lors (exemple : fort et faible = esclavage). Accepter le droit naturel revient à faire disparaître le droit positif, chacun pouvant se prévaloir du premier pour s'exonérer du second.

Traits spécifiques de la règle de droit

Elle est générale et abstraite : en théorie, le législateur n'entre pas dans le détail. C'est de moins en moins vrai, les lois étant sans cesse modifiées pour donner des précisions, ce qui complique leur suivi et le travail de délimitation des situations qui en relèvent.

Il s'ensuit que le caractère permanent de la règle de droit, deuxième trait spécifique, s'efface aussi. Alors que le processus législatif est compliqué et long, le citoyen (qui n'est pas censé ignorer la loi) n'est pas toujours bien informé des évolutions des textes.

Le caractère contraignant de la règle de droit, troisième caractère, est essentiel et demeure. L'autorité publique sanctionne celui qui viole la loi : punition/réparation. Cependant, on doit signaler l'important développement, sous l'influence du droit anglo-saxon, de la soft law (droit souple), qui

prend la forme de recommandations, non assorties de sanctions (mais la sanction existe via l'opinion publique).

Les systèmes de droit :

Droit codifié et common law

Chaque système juridique élabore ses règles juridiques de manière propre. Les pays de tradition romaine où l'on parle de droit romano-germanique (par exemple, la France) ont un système juridique codifié, dit de « droit civil ». Le principe législatif dominant ici est organisé sous forme de codes dont les règles sont modifiées, plus ou moins régulièrement. D'autres pays (et c'est notamment la tradition anglaise qui a essaimé) utilisent un système dit de « Common Law », qui se développe à travers la règle du « précédent judiciaire », marqué par la prééminence des décisions des tribunaux (la jurisprudence). La Common law est en vigueur au Royaume-Uni (sauf en Écosse où le droit est mixte car influencé par le modèle latin), en Irlande, au Canada (sauf au Québec, qui utilise un droit mixte), aux États-Unis (sauf en Louisiane et en Californie, à systèmes mixtes) et d'une façon générale dans les pays du Commonwealth.

Common Law et Equity

Si la distinction entre cours de common law et cours appliquant les règles de l'equity (équité) a été abolie par les Judicature Acts de 1873 et 1875, les deux notions demeurent à la base du droit anglais. La common law a été élaborée du XI^e au XV^e siècle, supplantant progressivement les coutumes locales grâce à l'action des cours royales. Droit créé par les juges et non par la loi, la common law donne la primauté aux précédents jurisprudentiels. Mais à partir du XVI^e siècle, la common law s'est figée dans des règles difficiles à modifier, les juges étant liés par la jurisprudence. D'où le développement des règles de l'equity, servies par des procédures plus simples, pour surmonter les rigidités et les insuffisances de la common law.

Exemple : la common law permet d'octroyer une réparation monétaire (dommages-intérêts) à une partie lésée par l'inexécution d'un contrat. Mais si le plaignant préfère que son cocontractant soit forcé à exécuter son contrat, il peut faire une action en équité.

Aujourd'hui les deux notions perdurent en droit anglais. Certains juges statuent selon la procédure de la common law, d'autres selon celle de l'equity. Il convient donc, lorsqu'on souhaite lancer une action, de déterminer dans quelle branche du droit on se trouve : la distinction entre common law et equity est ainsi aussi importante à comprendre en droit anglais que la distinction entre droit public et droit privé en droit français.

Branches du droit français

Le droit privé est la partie du droit qui régit les rapports entre particuliers, personnes physiques ou morales de droit privé. Le droit pénal, dont l'objet est la répression de comportements nuisibles à la société, est généralement rattaché au droit privé car sa sanction dépend des jurisdictions judiciaires. Mais par nature, il appartient plutôt au droit public en ce qu'il organise les rapports entre l'État et les individus. Le droit public régit l'existence et l'action de la puissance publique. Il se caractérise par la place laissée à la jurisprudence et à la pratique.

Qu'est-ce que le droit public ?

C'est le régulateur de l'activité politique. Droit de la chose publique (*Res publica* en droit romain), il renvoie aujourd'hui à la notion d'intérêt général. Il organise le pouvoir politique, formalise le pouvoir de commandement et en limite l'exercice. C'est le droit de la puissance publique.



La spécificité du droit public est particulièrement marqué en droit français (corps de règles et juges différents), plus qu'au Royaume uni par exemple (un seul juge de droit commun : l'Etat n'a pas besoin d'un juge particulier).