

## INTRODUCTION

1/ Pourquoi faire de la philo ?

2/ Comment faire de la philo ?

### **1/ pourquoi**

Dt pas ensemble arrêt, articles, décisions.

Manque qq chose

Cornu : « y a dans le droit partie visible et invisible »

Pourquoi cet arrêt ?

Objet de la philo

« philo droit » : jeune : Hegel 1821 : « Traité philosophie ».

1962. Archives philo du droit.

Qu'est ce que le droit ?

### **A- Premier courant . Publiciste= Duguit , Hauriou**

Philo aucune originalité, aucune autonomie par rapport autres discipline comme théorie de l'état ou philosophie politique.

Raison= droit manifestation de ce qu'est l'état.

Critiques :

Faux car sentiment justice peut exister sans société organisée.

Pensée dangereuse si poussée a l'excès : régime totalitaire.

### **B- Deuxième courant**

Carbonnier distingue sociologie juridique et philosophie juridique car pense que sociologue s'intéresse matérialité fait juridiques.

Philo : porte jugement de valeur.

Sociologique= empirique

Philo= prospective

Difficile meo dans matière juridique.

Droit tout sauf discipline objective.

Pas vérité en droit.

Acteurs :

Question susceptibilité= juristes ou philosophes ?

Michel Villet

> philo mieux placés= ce qu'est le droit, essence , origine

> juriste disent ce qu'est le droit= légal , autorisé

Comment faire de la philo du droit ?

Pb > voit que dimension théorique

Figure imposée.

Mais dimension pratique : utile si permet plonger dans le droit réel, appliqué , avoir jugement de valeur.

**1<sup>er</sup> exemple : dvp médecine et technique**

Est-ce que l'humanité appartient à l'homme

**2eme exemple : légistique : comment on fait les loi.**

Loi PACS 1999. Débat société > reflet tjrs volonté générale ?

3eme exemple : Droit national ss tutelle d'un ordre internationale.

Carbonnier : « droit venu d'ailleurs »

Txt nationaux rayés car heurtent txt supranational qui doit prévaloir.

## **PREMIERE PARTIE : INTERROGATION THEORIQUE**

Fait se poser une question aussi important que d'y répondre.

Socrates travers maïeutique (accoucher interlocuteur question qu'il a en lui)

Descartes : je pense donc je suis « Le petit pere Boyer ».

### **CHAPITRE I : Des questions**

#### **SECTION I : Qu'est ce que le droit**

Définition pas aisée

##### **I- Droit nécessaire ?**

Affirmation nécessité droit pour vivre société

Différentes théories

Affirmation nécessité :

Histoire 1 : Anatole France : « l'île aux pingouins »

Dieu : envoie en mission

Hermite, pacte avec diable, pôle nord.

Dieu les transforme en homme : ils édictent des lois.

Histoire 2 : « Robinson crusoé »

Des altérité= il faut du droit

Affirmation ancienne : « ubi societas ibi ius » la ou sot, il faut du droit.

Remise en cause : droit inutile

##### **1- droit partiellement inutile**

Rome :

jour fastes : peuvent intenter action

jour néfastes : non

Specte rangé tous crimes sont possibles

Moyen age : refuge pour les criminels dans les monastères, police pas le droit d'y rentrer

Société contemporaine :

Hypo non droit : droit moins pesant

Locataire en hiver ou été

Grand boucan : stationnement

Jean Carbonnier : « Flexible droit » il a théorisé.

Droit moins pesant laisse plus de place à la liberté de l'individu.

Exemples : pdt longtemps le mariage seul type légal vie commune.

Divorce : pendant longtemps = que divorce pour faute.

Droit ne peut régler tous les rapports humains. Morale, religion, mœurs.

Courants préconisant disparition totale de la règle de droit

### **1/ société asiatiques**

Recours droit échec

Favorise harmonie entre individus

Confucius : « quand gvt repose sur de règlements et que l'ordre assurée a force de châtement, peuple se tient a carreaux mais demeure sans vergogne. Quand gvt repose sur vertu et que ordre assuré / rites, le peuple sens honneur et se soumet volontiers ».

Droit chinois supplanté par morale sociale.

Inuits : concours de chants

### Marxisme

Opposition permanente entre deux masses opposées.

Tout dvp repose sur lutte entre deux forces contraire.

Luttes classes : bourgeoisie et prolétariat.

Droit volonté bourgeoisie érigée en loi.

Lutte doit terminer par révolution permettant l'avènement du prolétariat et instauration communisme.

Négation de la personne humaine : vision éthérée, fourmis dans une fourmilière.

**CCL : droit nécessaire a la vie en société.**

### **II- Droit est il spécifique ?**

Droit plus petit que ensemble des relations humaines.

Coexistent

### **A- Règles juridique et R religieuses**

Pe sembler paradoxal.

Religion :vertical : divinité et humanité

Droit : horizontale car règle que rapports entre les hommes.

Comparaison nécessaire car tte religion ont leur mot a dire dans la société.

Religion disent ce qu'elle pensent de projet de loi.

Différence entre règle de droit et religion mais empêche pas interaction.

Différences :

txt fort : constitution 1958 « rep française et rep laique ».

loi 1905 sur séparation église et état.

Evangile : tend l'autre joue

Code pénal : légitime défense

Divorce :

Même quand loi positive s'inspire religion : différence de sanction.

Ancien régime : catho religion d'état et autre religions que tolérée.

Divorce : rupture vie commune, jusqu'à réforme : clause exceptionnelle d'entente.

Education : un sectaire et l'autre non.

Laïcité et voile islamique

Laïcité impose aux agt de l'état une certaine neutralité.

Laïcité signifie on doit tolérer tte les religions.

## **B- Règle juridique et Règle morale**

Morale « règle morale ensemble règle de conduite reco / tres grande majorité des individus dans société, règle dont violation entraîne désapprobation des autre et sentiment culpabilité chez celui qui la commet ».

Règle morale pour atteinte perfection individuelle.

Droit vise permettre la vie en commun suppose l'altérité.

Distinction mais règle moral influence règle droit.

Droit distinct morale car

Existe règle juridique ni moral ni immorale mais amoral cad sans connotation morale.

Droit prescription : peut sembler amoral mais c juridique.

Droit reste pénétré de morale , pose certaines règles juridique que la morale reconnaît.

1134 : je tiens la parole que j'ai donné.

## **C- Règle juridique et mœurs**

Droit en retard sur les mœurs.

Il doit s'adapter aux mœurs : prudence il faut pour 3 raisons

1 - > difficile connaître avec précision mœurs d'une société donnée

2 - > généralité : q certaines branches du droit sont concernées : droit famille

Que certaines branches dvt s'adapter aux faits

3- Constat que droit pas reflet de la société telle qu'elle est mais reflet société telle qu'elle devrait être.

Jugement valeur dans la règle de droit.

pas parce que étude montre 110 % hommes pas fidèle qu'il faut supprimer obligation fidélité.

Pas convaincu que parce que société évolue que droit doit évoluer automatiquement.

## **III- Droit est il définissable ?**

Flaubert : dt on ne sait pas ce que c'est.

Paul Valéry : dt, nous savons et savons pas.

Vedel : dt, sait pas ce que c'est mais sait ce qu'est un état sans droit.

Définir c'est enfermer.

## **A- Différentes définition du droit**

Définition formule choc.

Selze « Ius est aequi et boni » dt avant solution juste et équitable.

gestaze : « dt avant moins mauvaise solution ».

Dt c'est tout ce qu'approuve les juges

Définition + scientifique

Gastin « dt ens. Regle destinés régir hommes vivant en société » .

Gestaze « art de résoudre si possible à l'avance les difficultés nées de la vie en société selon critère de justice et sous arbitrage au moins virtuel de l'autorité tenue pour légitime ».

Michel Villet : « Droit juste partage, la bonne conduite des individus, dt rebel, le droit trop signification différente pour être enfermé ».

3 significations mais imbriquées les une dans les autres.

**1ere signification** : > dt ens regles s'appliquant dans une sot de droit ce sont les loi , decrets , reglements, circulaire, reglement communautaire.

Faire du droit consiste a apprendre ttes ces regles de droit.

Dt autre chose, faut deceler ce qu'il y a derriere la regle.

**2eme** : droit + ensemble regles, cest un art consiste trouver la solution la plus adaptée la plus juste pour un litige.

Difficulté : juste/injuste ?

antigone : lois naturelles.

**3eme définition** : dt percu comme prérogatives attaché a chaque individu.

Droit plus moyen permettre la vie en société. Droit qq chose qui est du a chacun d'entre nous.

Vision égoïste, individualiste, passe sous silence l'IG, l'interet social.

Difficulté : 3eme signification étroitement imbriquées les unes aux autres. Mal penser droit percu comme ensemble regles puissant durablement se maintenir s'il est injuste.

Dt percu comme une préro individuelle que l'autre ....dt percu comme ensemble normes.

Cas art 544 civ, pose le dt prop que j'ai dans mon patrimoine.

CCL : dt pas définissable.

## **SECTION II : FINALITE REGLE DE DROIT**

Dt poursuit nécessairement un objectif.

volonté derriere la regle de droit, laquelle ?

3 réponses, justice, satisfaction interet individuel et collectif

### **I- Justice**

Interrogation constante depuis l'antiquité

Difficulté : désignation de ce qui est juste.

3 dimensions de la justice

**1 - > justice individuelle différente celle sociale** (dt prop)

Lecteur individualiste : prop dt jouir de son bien.

Auteurs : ts dt reco ses indi dvt être exercé conformément a la finalité sociale.

Juste pour qqun injuste pour qqun d'autre

## 2- > Aristote

Justice commutative différente justice distributive.

Commutative : résulte échange valeur

Distributive : soucis partager entre membre sociétés.

Opposition justice idéale et justice concrète.

Justice idéale= h naisse égaux et libre en droit.

Question= justice idéale meo sur le terrain.

Constat= arrière

Légis intervenu pour éviter discrimination embauche= inverse charge de la preuve.

Employeur doit montrer pas eu discrimination.

Justice revêt nombreuses exceptions : peut penser absente des finalités du droit.

Auteur : justice absente des finalités du droit.

## II- Le droit poursuit satisfaction d'intérêt ind ?

Ceux considère droit poursuit satisfaction intérêt individuel s'inspire directement du philo lumière et idée contrat social : Rousseau, Hobbes, Locke.

« Etat nature, h entièrement libres, pas autre soucis que satisfaire leurs besoin si nécessaire en tuant ».

Pour vivre sot, ils vont abandonner une partie leur liberté, l'état contrepartie va s'engager a les protéger.

Etat directement tourné vers la protection des individus qui composent la société.

Historiquement, pensée politique grande importance pour émancipation de absolutisme royal.

Courant politique : vestige travers dt homme.

Dts homme txt signés / état, Etat garantie dts a ces propres ressortissants.

Critique : vision peut etre destructrice si poussée trop loin : faut pas perdre vue l'intéret collectif, social.

Incompétence ne peut pas etre poussée trop loin.

Combattre / Droite

Michel Villey considère que l'individualisme bcp trop exarcebé, seule finalité règle droit mais le bien commun.

Duguit (1913) initié / notion dt subjectif.

notion situation juridique.

Notion dt subjectif existe pas, situé par rapport a une règle de droit.

« la situation juridique active ou passive c la règle objective elle-même vu sous son aspect subjectif en tant qu'il est appliqué a l'individu ».

Ind pas droit subjectif simplement situé par rapport a la regle.

### **SECTION III : Y A TIL UN PROGRES DU DROIT ?**

Le temps n'est rien du tout : statique.

1 > pour grecs= temps phéno cyclique= éternel recommencement, cycle qui recommence.

2 > pensée chrétienne inscrit le temps dans une durée = alpha et oméga.

3 > idée d'un progrès.

s'intéresse progrès du droit, s'inscrit dans ce dernier courant.

Dt révolutionnaire mieux le droit ancien.

Y aurait un progrès du droit, irait crescendo.

### **3 courants pensée**

#### **I – Le droit n'évolue pas**

manifeste tte sa puissance / sa stabilité et son immobilisme

Plus regle droit est stable, meilleure elle est.

Ripert : son ouvrage sur les forces créatrices du droit « sté, évolution et progres du droit ».

Idée nécessaire stabilité.

Malaury : droit pas à changer

#### **II- Réellement un progrès du droit**

JO . « loi tendant à moderniser ».

Bruno Opetit « philo du droit »1999.

estime : progrès droit allait pour tendance régressive du droit.

Tendance régressive car :

-> émergence phénomène ou mécanisme ancien mais oublié

ex : > émiettement de la regle de droit selon la qualité des personnes  
un droit applicable a chaque profesion (une tendance regressive).

Ancien régime : corps métier. Chaque métier avait son droit.

Révolution française unifié le droit, prenant en compte l'homme, les individus.

Evolution dt surete réelle : tendance régressive.

Rome : débiteur remet un bien a un créancier : garantie correcte de l'exécution de l'obligation.

Droit prop considéré comme un gene.

Lieu remettre le bien en plein prop : débiteur gardait la prop.

Se prete mal a certains bien. Nécessaire débiteur reste en possession du bien pour le faire fructifier.

ex : hypothèque.

Today = sûreté redécouvre vertu de la prop utilisé comme sureté= clause R prop, crédit bail.

Modernité cache régressivité



**III- Evolution droit très dangereux**= mercantilisation du corps humain, brevetabilité du vivant.

### **3eme courant : déclin du droit**

Ripert « le déclin du droit ».

Fondements sur lesquels repose nos société sont en train de s'éroder

-> égalité qui n'existe absolument plus car règle de droit totalement émiettée mais droit multiples s'appliquent a chacun.

> liberté= 1949, liberté contrariée / OP envahit et par omniprésence administration.

Justiciable plus sécurité juridique inexistante = lois changement, trop multiples.

Lois rétroactives.

1942 : accueilli avec certain tiédeur.

1986 : Oppetit : hypo du déclin du droit.

Constata remarque Ripert tjrs actuelles.

Oppetit : déclin non pas du droit mais déclin certaine conception de ce qu'est le droit.

19eme : règle dt caractère transcendant : c la justice.

1986 : règle dt pu ce caractère, elle est simplement un outil de l'ingénierie sociale.

« Menacé jadis / primauté théologie et la morale qui conduisait sous estimer les facteurs d'utilité sociale et d'efficacité de l'action, le droit l'est today / scientisme qui au nom de la connaissance des lois d'évolution des sot humaines, réduits le droit a n'être qu'un simple vecteur d'ingénierie sociale ou d'économie ».

Si cette évolution se confinait .. signifie le dvp du droit ne correspond plus a un certain stade de la société et ouvrirait indiscutablement une perspective d'effacement du droit.

LA seule inco de cette désagrégation réside dans son caractère définitif ou provisoire.

### **I- Exposé des doctrines idéalistes**

I- Droit naturel de l'Antiquité

Grece antique : platon suggere la possibilité d'un décalage e / drt cité et le droit du juste.

Dialogue= qq interrogations Socrate et dit droit le plus fort qui s'impose.

Socrate répond : même quand la force est victorieuse, on peut tjrs la juger.

Concrètement : existence d'une justice qui permet d'apprécier la force , décalage possible entre dt imposé dans la cité et let droit idéal de la justice.

Aristote dans l'éthique anycomak pose distinction dt nat / dt cité.

Ari : « la justice pol se divise en 2 espèce, l'une naturelle, l'autre légale ».

Justice naturelle partout la même force, dépend ni des opinions ni des décrets des hommes.

Y a un dt nat et un dérive pas de la nature.

Rome : cicéron = reprend idée grece antique et ajoute l'importance de la raison.

Cicéron : existe droit naturel, indépendant dt cité mais naturel peut être découvert / chacun d'entre eux des lors raison pas obscurcit par les passions.

« Il est une loi véritable et absolu la droite raison conforme a la nature, diffuse en tous les hommes, universelles, éternelles et invariable ».

Sera pas autre dans Rome et dans thèmes « autre aujourd'hui, autre demain ».

## **II- Dt naturel chrétien**

### **St augustin**

Intéresse au positionnement du chrétien dans la cité.

Considère que les liens chrétiens avec la société sont précaires, car chrétien appartient tout entier a Dieu et pas salut en dehors de Dieu.

Evident vision contradiction avec structuration de la sot féodale.

Augustinisme pas en fort écho au delà de la pensée chrétienne.

### **St thomas d'aquin**

Essaye concilier les apports pensée antique avec révélation chrétienne « la somme théologique ».

ouvrage établi sous la forme disputatio, forme enseignement du droit au Moyen age.

Q ? : convient il diviser le droit en dt naturel ou dt positif ?

STA propose rajouter un étage a la construction antique

3 niveaux : lex humana, lex naturalis, lex divina

Il va plus loin, s'interroge sur attitude entre contrariété entre lex huma et divina.

Considère cas contrariété e/ lex huma et naturalis faut obéir loi humaine car une injustice vaut mieux qu'un désordre.

Quand loi humaine contraire loi divine, faut pas appliquer loi humaine et faire prévaloir loi divine.

Pape qui ont récup pensée Thomiste. Pape dire ce qui relève de la loi divine.

Même les Etat catho sous contrôle.

Droit naturel laïque et école

Courant dvp / auteurs protestants soucieux s'émanciper école pontificale.

Grotius et Puffendorff

Reviens système antique considérant qu'il existe un droit naturel que ce droit naturel peut être identifié / déter / la raison de chaque individu.

Autres termes = propose un effacement progressif de déter et renforcement de la raison humaine.

« ce que nous venons de dire aurait lieu en qq sorte quand même nous accorderions ce qui ne peut être considéré comme un grand crime qu'il n'y a pas de Dieu ou que affaire humaine pas objet ses soins ».

Volonté politique : admettre l'existence dt naturel mais déconnecté de l'existence de Dieu.

### **III – Appréciation doctrine idéaliste**

Encore appelé école naturelle et parfois volontarisme.

Courant dvp/ auteurs proto qui soucieux s'émanciper

## **CHAPITRE II : LES REPONSES**

Certaines sont très anciennes.

Malgré cette ancienneté, elle reste présente dans les débats contemporains.

Dans types réponses : le droit est une œuvre de la raison tendant à satisfaire des objectifs supérieurs = idéaux.

Autre courant : droit rien d'autre que la norme posée / un état.

Cherchant à dépasser ce clivage, certains auteurs proposent courants transversaux.

## **SECTION I : LE COURANT IDEALISTE**

Nombreuses ramifications.

Pour tte ces ramifications, le droit poursuit un idéal de justice.

Celui qui décide du droit doit être animé d'un sentiment de justice.

LE juge : doit être animé sentiment de justice.

Justiciable : s'y soumet parce qu'il est juste.

### **I- Exposé doctrine idéalistes**

3 écoles

#### **I- Droit naturel de l'Antiquité**

Grèce antique, Platon suggère la possibilité d'un décalage entre dt cité et le dt juste.

Dialogue= qq interrogation socrate et droit dit le plus fort qui s'impose.

Socrate répond : > même quand force est victorieuse, on peut toujours la juger.

Concrètement : existe une justice qui permet d'apprécier la force, décollage possible entre droit imposé dans la cité et le droit idéal de la justice.

Aristote dans l'éthique anycomaque pose distinction dt naturel/dt cité.

Ari : « la justice pol se divise en 2 espèce, l'un naturel, l'autre légale ».

Justice naturelle partout la même force, dépend ni des opinions ni des décrets des hommes ».

Y un droit naturel, et un dérive de la nature.

Rome : > cicéron : reprend idée grece antique et ajoute l'importance de la **raison**.

Cicéron : existe dt naturel, indépendant dt cité mais dt naturel peut être découvert / chacun d'entre eux des lors raison pas obscurcit par les passions.

« Il est une loi véritable et absolu la dte raison conforme à la nature, diffuse en tous les hommes, universelles, éternelles et invariable ».

Sera pas autre dans Rome et dans athenes, « autre today, autre demain ».

## **II – Droit naturel chrétien**

St augustin

Intéresse au positionnement du chrétien dans la cité.

Considère que les liens chrétiens avec la société sont précaires, car chrétien appartient tt entier a Dieu et pas salut en dehors de Dieu.

Evident vision contradiction avec structuration de la société féodale.

Augustinisme pas eu fort écho au delà de la pensée chrétien.

St thomas d'aquin

Essayé concilier les apports pensés antiques avec révélation chrétienne « la somme théologique ».

Ouvrage établi sous la forme disputatio, forme enseignement du droit au moyen age.

Question : > convient il diviser le droit en droit naturel ou dt positif ?

St thomas propose rajouter un étage a la construction antique

3 niveaux : > lex humana, lex naturalis et lex divina

Il va plus loin, s'interroge attitude entre contrariété entre lex humana et divina.

Si contra lex humana et naturalis, faut obéir loi humaine car une injustice vaut mieux qu'un désordre.

Qd loi humaine contraire a la divine= faut pas appliquer loi humaine et faire prévaloir la divine.

Pape qui récup pensée thomiste.

Dt naturel laïque = école

Courant dvp / auteurs proto soucieux s'émanciper école pontificale.

Grotius et Puffendorff.

Revient système antique considérant qu'il existe un droit naturel, que ce dt naturel peut être déterminé / la raison de chaque individu.

Autres termes= propose un effacement progressif de renforcement de la raison humaine.

« ce que nous venons de dire aurait lieu en qq sorte qd même nous accorderions ce qui ne peut être considéré comme un grand crime qu'il n'y a pas de dieu ou que affaire humaine pas objet ses soins ».

Volonté politique= admettre l'existence droit naturel mais déconnecté de l'existence de Dieu.

## **III- Droit naturel laïque**

Appelé école naturel et parfois volontarisme.

Courant dvp / auteurs proto qui soucieux s'émanciper de l'autorité pontificale : grotius et

Ils reviennent finalement au système antérieur en considérant qu'il existe un droit naturel et que ce droit naturel revient être identifié / la raison de chaque individu.

Propose effacement progressif de dieu et un renforcement de la raison humaine.

## **II- Appréciation doctrine du droit naturel**

## **A – Critiques au droit naturel**

### **2 critiques**

Certain considère que ce n'est pas du droit et d'autre dit qu'il n'est pas naturel. Le propre du droit est d'être assorti de sanctions.

2eme critique : le fait que ce droit naturel n'a rien de naturel et c'est difficile de déterminer ce qui est propre à la nature de l'homme est ce qui est commun à tous les hommes.

Anthropologues montrent que l'interdiction la plus prônée était l'inceste, commune à toutes les sociétés.

### **B- La réaction**

Certains auteurs ont été soucieux de définir le droit naturel .

2 courants :

Auteur allemand Stamler relégué en France / Soleil a développé l'idée d'un droit naturel à contenu variable, leur idée est qu'il est impossible que la France du ... a les mêmes règles qu'au 8ème siècle. Il y a une espèce de tronc commun à toutes les sociétés et ensuite, des éléments de droit naturel fondés sur la raison mais variable à chaque société : justifié (éco, socio) ou histoire de chacune des sociétés.

La 2ème proposition est / Planiol et Capitant : celle d'un droit naturel restreint, idée d'irréductibilité d'un droit naturel, pour lui-même si on s'affiche positiviste on ne peut pas faire impasse sur le droit naturel.

Mais ces auteurs cantonnent le droit naturel à quelques principes vagues et généraux : ne pas tuer, ne pas nuire à autrui.

Si vague, si imprécis que peu d'utilité.

### **c – Emergence d'une nouvelle proposition**

Constat de l'importance de plus en plus grande prise par les droits de l'homme.

À travers les différences de la notion internationale, régionale.

Souvent qualifié de droit naturel, imprescriptible, inaliénable et donc certains auteurs comme Gestaze considèrent que ces droits de l'homme qui sont plus ou moins à l'état virtuel mais tendent à entrer dans notre droit et devenir opposable.

Ce droit naturel, c'est le droit du futur qui est en train de rentrer dans le droit positif.

Pour Gestaze nous sommes en train de construire notre propre droit naturel : publié en 1993

« l'avenir du droit naturel ou le droit d'une seconde nature ».

## **SECTION II : LE COURANT POSITIVISTE**

Le courant positiviste a été construit en réaction au courant idéaliste, il ne nie pas l'importance de la morale et de la justice mais considère simplement que seul doit être étudié le droit tel qu'il est posé / l'état.

## **I – Exposé des doctrines positivistes**

2 grands courants positiviste, pour certains auteurs ce qui est important c la forme qui épouse le droit, c'est le positivisme formaliste.

Pour d'autre, le droit n'existe que car il prend en compte les mœurs d'un pays donné a une époque donnée. C'est alors un positivisme factualiste qui sera évoqué.

### **A – Le positivisme formaliste**

C'est un positivisme, tout entier renfermé sur le droit, il n'est pas besoin d'aller au delà de la règle de droit pour découvrir.

#### **> pour certains auteurs le droit se ramène au txt**

Dire que le droit se ramène au texte c'est une idée relativement ancienne, au lendemain promulgation cciv en 1804.

> école exégèse, on prend un article et on le décortique.

Le courant jusqu'en 1870 vouait un culte a cela.

L'école de l'exégèse a été remplacé par l'école de la libre recherche scientifique.

Il fallait aller au delà du code civil.

Cela a été une révolution notamment pour la doctrine de la jp.

Au delà de ce positivisme légaliste, le culte de la loi est today très important, un positivisme normativiste.

On a constater que le droit pouvait s'exprimer sous différentes manières.

La loi, les décrets, les circulaires, les règlements, les traités I, ce sont des normes.

Auteur c Hans Kelsen, théorie pure du droit 1934.

Théorie épuré de la justice et de la morale.

Seul pour lui devait être étudié ce qui est .

Pour Kelsen, la juridicité ? d'une norme , ne résulte pas du respect de ppe impératif de la morale ou de la justice, la juridiciarité résulte de ce que la norme doit respecter les normes qui lui sont supérieures.

Kelsen propose sa fameuse pyramide des normes.

Il faut que la norme inférieure respecte la norme supérieure.

#### **> pour d'autres, le droit se ramène aux concepts.**

On ne va pas privilégier le contenu des txt mais plutôt leur logique interne, leur cohérence interne, pour ces auteurs, le droit c'est un système clos, logique.

Ces auteurs plus que philo droit parle de théorie du droit.

Juriste anglais 19ème siècle, mais qui a inspiré auteur contemporain Perelman.

Proposition de Perelman

Dans son œuvre, considère que en droit seul compte l'interprétation et l'argumentation que l'on fait a propos des txt.

Ce txt lui-même ne contient pas la solution, c'est a l'interprète de la dégager / sa science de l'argumentation.

Perelman considère que la technique de l'argumentation impose plus que le contenu du txt.

Il s'emploie a identifier ce qui fait le propre de l'argumentation juridique.

Dt rhétorique

En droit seul compte l'interprétation et l'argumentation que l'ont peut dvp des txt.

Txt contient pas la solution.

Solution c'est l'interprète qui doit la dégager / sa logique d'argumentation.

Technique d'argumentation emporte plus le contenu du txt.

Perelman s'emploie à identifier ..De l'argumentation.

Exemple= interdit fumer dans la fac.

Ce txt on peut le faire parler d'une manière

Analogie

> interdit fumer la cigarette donc interdit fumer la pipe.

A contrario

tout le reste peut être fumé

A fortiori

zamal a plus forte raison l'est aussi

Argument fondé sur la finalité

> santé publique= si vous êtes tt seul à fumer, peut fumer

Induction /dédution

Règle que la traduction d'une règle a. conduite

Ppe a. puis déduit tte série de conséquence.

Interdiction stricte des interdiction

> dt boire

Proposition perelman séduisante

Juriste a palette d'argument pvt faire dire tout et son contraire au même texte.

Nécessaire classer, hiérarchiser pour donner au droit sa cohérence.

## **II- Positivisme factualiste**

Différent précédent, positivisme ouvert sur les faits.

Pas recroquevillé sur lui-même, sur le droit.

La société a l'origine du droit et la société est la destinataire de la règle de droit.

Dire société a l'origine de la règle de droit.

Montesquieu= théorie climat.

Juriste autrichien = eugene eurichel.

1913 « fonction socio du droit », le centre de gravité du droit ne réside pas même à notre époque dans la législation ni dans la jp des txb mais plutôt dans la société elle-même.

La règle crée pas le droit, elle ne fait que le consacrer, il existe déjà en l'état dans la société.

Proposition reprise / auguste comte, duguit et durkheim.

2eme proposition : > société a l'origine de la règle de droit et en est la destinataire.  
Nécessaire s'intéressé a la manière dont la société reçoit la règle de droit.  
Certaines règles posées / législateur jamais appliqué, tombe désuétude.  
Ex : nom patronymique : désuétude. La société résiste au droit.  
Certaines loi rentrent dans les mœurs, pénètrent bien.  
personne sentiment réalisé un acte naturel.  
Epoque mariée ouvre un compte en banque : > acclimatation rapide a la regle de droit.

US= courant sur réception dt est fashion, a la mode.  
Ana Eco dt= chiffre le cout de l'application d'une nouvelle réception.

Si le coût trop important la loi s'appliquera pas, reste lettre morte.

## **II- Appréciation adressables aux doctrines**

### **Appréciation commune**

Ces 2 positivismes se désintéressent du contenu de la règle de droit.  
Dt est dt des lors posé / législateur, ouvre ccl / raisonnement logique.  
Peut être dangereux car peut considéré qu'est du droit une règle a contenu abominable.  
Socrate= tjrs moyen juger la loi même si la loi plus fort.

### **Critique formalisme positivisme**

#### **2 critiques**

> dire droit s'épuise norme c nier role jp  
> gde norme : ppe fdaux admis pour chacun.  
C'est la dessus que repose tt le droit.

Socle pensée Kelsen fragile pa si éloigné des doctrines idéalistes.

Positivisme factualiste

Dangereux dire reflet société.

Dt distingue société= nécessairement un jugement valeur dans le droit.

Pas car étude montre que tous les hommes politiques corrompus que l'ont doit gommer corruption dans droit pénal.

Dt nécessaire jugement valeur.

## **SECTION III : COURANTS TRANSVERSAUX**

Auteurs veulent échapper dichotomie idéalisme / positivisme.

2 Courants : > humanisme juridique et doctrine contemporaine nord américaine.

### **Humanisme juridique**

Auteur français qui font un parallèle discutable.

même façon homme fait corps et esprit, le droit mêle ses manifestations tangibles avec un idéal.



François Gény : > éclectisme  
Ripert : transpositivisme

Gény = faut justice s'ouvre à l'histoire etc, rompt avec exégèse.  
Publie 4 tomes = sciences et techniques en droit positif.  
Dvp tte sa philo du droit.

Gény distingue le **donné** et le **construit**.

### **1 – le donné**

matière première du droit, l'état positif du droit, certaines considérations sociales.  
C'est enfin le droit naturel irréductible

### **2- le construit**

Étude de toutes les techniques à partir desquelles le donné se transforme en droit.

### **Ripert : transpositivisme**

Critique Gény

s'affiche positiviste

« Règles morales dans les obligations civiles » 1925

« aspect juridique du capitalisme moderne » 1946

Socio du droit = les forces créatrices du droit 1955

Ripert ouvre composite touche tous les aspects du droit.

Moral et droit même naturel, même domaine et que l'ensemble du droit irrigué de préceptes moraux.

### **2- Doctrines contemporaines nord américaines**

Pensée juridique américaine rebelle aux théories, se soucie souvent plus de l'efficacité que de construire des théories.

Dernières années = regain théorique juridique aux US, ceux qui inspirent les auteurs européens.  
Johns rolls = théorie justice traduit 1987 en français.

Auteur : > dt quête d'équité, cette quête s'articule autour de 2 pps

- ppe égalité égard liberté base et dts fondaux  
> ppe différent permet aménager les différences infligées / la réalité en faveur plus démunis = > discrimination positives.

Ronald Dworkin 77 : parler du droit sérieusement traduit en 95.

- Pensée Dworkin complexe saisir, carrefour droit, éthique et la politique.

Dworkin = dt s'arrête pas à la loi telle qu'elle est posée.

C'est le juge qui crée le droit.

Dworkin encourage les juges à s'en émanciper et aux besoins fonder leurs décisions sur la morale.

« Gardez nous de l'équité des parlements ».

Pensée Dorkwin peut pousser un gvt des juges qui ne suivrait plus la loi.

## **DEUXIEME PARTIE : RAISONNANCE PRATIQUE**

Quels sont les échos de la philo du droit en pratique ?

Cette entreprise est délicate, auteur, législateur, juge revendique leur appartenance a tel / tel courant.

Rousseau

Portalis : discours préliminaire du code civil.  
sensibilité très marquée.

## **CHAPITRE I : LA PART DU POSITIVISME**

Positivismisme occupe plus grande partie.

Naturalisme = trop simple, trop immuable pour pouvoir répondre aux complexités de nos sociétés.

Seule démarche positiviste permet décrire le droit.

Positivismisme occupe tout terrain.

### **I- Positivismisme formaliste**

Auteur= droit s'épuise dans la forme qu'il épouse.

Majorité auteur raccroché a ce courant.

Se manifeste / Deux choses.

Normes inférieures doivent respecter normes supérieures.

CC 1985

La loi votée n'exprime pas volonté générale que dans respect de la constitution.

législateur pas libre.

Donc la loi doit respecter la constitution.

Kelsen : « l'ordre juridique pas système de normes juridique placées tte au même rang » mais un édifice de plusieurs étages superposé, une pyramide ou un hiérarchie formée plusieurs nombre d'étages ou couches normes juridiques ».

Seube= présentation sous forme pyramide a vertu pédago mais rien plus.

Constitue pas un système ou une théorie.

Pratique : pyramide inexistante. Y a des normes inférieures incompatibles ec normes supérieures.

Incompatibilité possible a cause insuffisance des contrôles.

2 types contrôles : priori / posteriori

### **§1-LA CROYANCE DANS LA PYRAMIDE DES NORMES**

Tout en haut de la pyramide, on trouve la constitution, ensuite les traités, loi, règlements autonomes, circulaires et arrêtés.

Cette présentation vient de la doctrine Kelsienne et dans le normativisme.

Pour lui « l'ordre juridique est un système des normes juridiques placés toutes au même rang mais un édifice à plusieurs étages superposés formant une pyramide ou une hiérarchie formé de plusieurs normes nombre d'étages aux valeurs de normes juridiques »

Reponses dr positif : Le CC a jugé en 1985 que la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution.

Pour Kelsen, le fait que la loi traduise la volonté générale n'est pas suffisant pour que cela devienne du droit.

Si une loi est votée, il faut qu'elle s'insère dans la pyramide des normes et qu'il soit conforme à la constitution.

mais en pratique la pyramide n'a aucune effectivité.

Il y a de très nombreuses normes inférieures en contradiction avec des normes supérieures.

La pyramide fuit de toutes part les contrôles mis en place sont totalement insuffisants. Même avec contrôle.

### **A- Contrôle a priori**

Avant eev loi, s'assure contredit pas normes supérieures.

### **1 – CCTraités internationaux**

Art 54 cst° : « si le ccl saisi / PR, pst 2 ass, PM ou 60 députés ou sénateurs » a déclaré qu'un engagement I comporte clause contraire a la constitution, l'autorisation de le ratifier ou d'approuver l'EI en cause ne peut intervenir qu'après révision la constitution ».

### **3 remarques**

Normes inférieures va pouvoir justifier la modification de la constitution et non l'inverse.

Complexité système mep / art 54 car article impose distinguer T ratif art 1958 bénéficie présomption compatibilité (immunité). T après 1958 soumis au 54.

Fragilité cette pyramide => Dt comr pas la même vision et considère tout en haut il y a le droit comr s'impose aux lois internes fussent elles d'origine constitutionnelle.

Invocation d'atteinte portée aux droits fondamentaux tels formulé / Constitution EM ne saurait affecter la validité acte communautaire ou son effet sur le territoire.

### **2 vision pyramide**

> dt comr s'impose même aux constitutions internes

> vision interne : D tint c la constitution qui s'impose aux autres normes

### **CC 30 10 1998, Sarran et Levacher et CASS 2000, Fraisse**

« supréma cg aux EI ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle ».

## 2 – CCL

Avant loi eev= PR, PM etc pvt la déférer au CC pour voir si heurte pas constitution.

Remarque : contrôle pas systématique Insuffisant  
Des fois on sait mais unanimité

C commerce= truffé disposition anticstel

CC conscient, en 1985, exerce son contrôle sur un loi déjà eev mais fait objet révision.

Ex : réforme sur prestation compensatoires  
pas argument pour époux = expropriation pour un de ces biens.

Ambiguïté du contrôle  
Qd CC saisi, 2 possibilité

- > loi conforme constitution
- > loi contraire = législateur corrige sa copie

CC opte 3eme voie : Réserve d'interprétation  
Loi confère a la constitution sous réserve que txt soit interprété telle / telle manière.  
Réserve interprétation : CC laisse entrer en application une loi contraire constitution et invite les juridictions a faire interprétation comme lui.

### **B- Contrôle a posteriori**

Après ee application de la loi.  
Ap ce moment qu'on fait le contrôle  
Essentiellement concerné= conformité de la loi natale aux Traités et accords I notamment le dt comr et CEDH.

Qui fait contrôle ?  
CC saisi en 1975, IVG  
CC : pas lui apprécier conformité dt cvel a un TI.  
Renvoi aux juridictions civiles et CE.

pdt longtemps, CE et CASS : doctrine MATER.  
Juridiction doit concilier loi natale et TI, si conciliation impossible, elle doit faire prévaloir lio natale sur le traité.  
Juge serviteur de la loi .

**CASS jacque vabre 1975** = refus CASS applique txt français.  
préfère accord I

CE longtemps MATER : dire loi incompatible ec traité se serait empiéter sur domaine législateur et méconnaître ppe séparation pouvoirs.

**CE 20 10 1989 NICOLO**

CE abandon position  
Prévalence TI sur loi française même postérieure.

Code consommation : art impose au banquier remettre au client le tableau d'amortissement.  
Deviens un contenu masse et faire pression sur le législateur pour vote loi validation ayant  
pour effet de ne plus annuler les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.  
Contrats conclus postérieurement cette loi encourait la nullité.

Tout un recours pour savoir si empêche pas droit procès équitable

TGI santé= contraire procès équitable

CASS : loi validation porte pas atteinte à un procès équitable.  
Cas lorsque l'Etat était partie au contrat.

Urba= loi validation 2005  
Today, fréquent plaideur soulève ce grief > supériorité traitée à une loi.

Faut nuancer cette conclusion.  
Quand cass refuse faire jouer txt natal profit txt interal, le txt natal reste en application.  
Eviction faut que litige en cause.  
On vis dans chaos juridique.

## **II- Croyance dans la loi.**

Des pose pb de société, vite il faut légiférer.  
Confiance dans la loi= nature résoudre les difficultés se pose.  
Pb= inflation législative.

Tacite : « la plus mauvaise réponse est celle qui a le plus de loi ».  
Montaigne « on a en France plus de loi qu'il n'en faut pour le reste du monde ».  
Croyance conduit à une dévalorisation de la loi.

### **A – Une dévalorisation quantitative**

Faut constater phénomène d'inflation législative avant évoquer remède.

#### **1- Le constat**

Harcèlement textuel.  
Incontinence législative.  
tous ans en France= 120 lois  
90 000 décrets  
150 000 circulaires

Textes de plus en plus longs.  
1950= 93 lignes publiées aux JO

#### **Conséquence double**

- 1 – Instabilité de la loi= si veut rentrer dans le moindre détail
- 2- Lois et droits deviennent illisibles, incompréhensibles= « nul censé ignorer la loi ».

## II- La dégradation de la loi d'un point de vue qualitatif

Multiplication des lois conduit à une dégradation de ce qu'est la loi, elle perd ses traits caractéristiques.

### 1- Les remèdes

Face à l'inflation des textes on considère que c'est la codification qui est l'outil le + efficace qui permettrait au droit de rester lisible. En France, la codification revêt une grande importance. De la même façon que les jardins à la française permettaient de dominer la nature, on considère que la codification bien faite permet de maîtriser le jaillissement du droit. En France, on pense immédiatement aux codifications napoléoniennes, mais elles ont bien changé.

#### a) Le devenir du CC

En 1804, il se voulait une synthèse des droits préexistants : tradition monarchiste ou nouveauté révolutionnaire. Dimension politique, espoir d'asseoir une nouvelle société.

200 ans après le CC a bien changé : **droit des personnes** et de la famille dans ses aspects extrapatrimoniaux et patrimoniaux (régimes matrimoniaux, successions et libéralités). Cette partie du CC a évolué en douceur depuis les années 60, sous la pulsion de Jean Carbonnier (incapacités, divorce, filiation...). Aujourd'hui réforme sur les successions, portée par Catala (élève de Carbonnier).

2<sup>e</sup> pan : **droit des biens** : l'immobilisme prédomine, rien sur valeurs mobilières, fonds de commerce. Partie qui a vieilli et une recodification serait la bienvenue. **Art 516** : distinction entre biens meubles et immeubles – biens corporels. Or depuis 1804, explosion des valeurs incorporelles.

L'ordonnance du 23 mars 2006 vient d'extraire les sûretés du livre III pour composer un livre IV consacré aux sûretés.

**Droit des O°** : réforme en cours menée par Pierre Catala : avant projet de 2006. Cet avant projet était nécessaire pour 2 raisons : la jp avait librement interprété certaines dispositions du droit civil ou avait bâti sans textes de véritables théories : théorie des avant contrat... On avait le sentiment d'un décalage entre le droit tel que codifié et le droit tel que pratiqué. Il fallait remettre cela en harmonisation. 2<sup>e</sup> raison + politique qui tient au mouvement d'unification des contrats en Europe. Il fallait que le droit des contrats français soit moderne pour servir éventuellement de modèle. Projet en sommeil jusqu'aux prochaines échéances électorales.

Toutes les modifications apportées au CC sont très respectueuse du CC et on essaie de garder la plume ciselée de Portalis : en dire le + possible avec le moins de mots possible. Faire oeuvre de clarté. Il n'y a guère que la loi de 99 sur le PACS qui se soit écartée de ce respect et titre V sur Mayotte. JBS, D. « Pitié pour le CC ».

#### b) Les autres codes

Les codes pullulent. A la fin du XXe siècle, il y a eu un très large mouvement pour codifier ou recodifier des pans entiers du droit : code de la consommation, code de commerce. Cependant cette codification est bien différente de celle du CC.

Codification de Codification de Braibant. C'est une codification du pauvre, codification administrative. Elle ne s'assigne pas comme objectif de changer le droit présent. Elle opère à droit constant et a pour seul objectif de rassembler dans un seul et même livre des textes épars. Cette nouvelle méthode a généralement été très critiquée par la doctrine, parfois sévèrement. C'est là un moyen de lutter c/ l'émiettement et l'éparpillement du droit. Malgré tout, il ne faut pas tomber dans le fanatisme de la lisibilité et accessibilité du droit car le droit est complexe. Il ne faut pas sombrer dans autojuridicisation.

### A) D'un point de vue qualitatif

La multiplication des lois conduit à une dégradation de ce qu'est la loi qui cesse d'être générale et obligatoire.

#### 1. La fin des règles générales

Pour comprendre le principe de la généralité de la loi, il faut remonter à l'Ancien Régime où le droit était complètement émietté (loi de langue d'Oc et de langue d'Oï). On changeait + souvent de droit que de cheval. Le droit n'était pas le même selon l'appartenance du justiciable à la noblesse, Tiers Etat ou clergé. Le droit n'était pas le même en fonction de la profession exercée. Des jurandes édictaient des règles de droit pour chaque profession.

La Révolution Française a voulu rompre avec cela et a posé le principe d'un droit unique, principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

**Art 6 DDHC** : La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

**Portalis**, dans le discours préliminaire du CC écrit « la loi statue pour tous, elle considère les hommes en masse, jamais comme des § ».

**Art 9 CC** : chacun a droit au respect de sa vie privée. Utilisation du pronom indéfini.

**Art 6 CC** : on ne peut déroger par des conventions ...

Ce principe de la généralité de la loi et d'égalité des citoyens devant la loi est aujourd'hui en train de décliner. Le constat n'est pas très récent et il y a toujours au fil de l'histoire des lois faites dans l'intérêt d'un seul :

- A Rome, Sénèque rapporte qu'un tribun savait que César envisageait de faire voter une loi qui n'aurait contenu qu'un seul article : « César a le droit d'avoir autant de femmes qu'il veut ».
- Au moment de la RF, on a posé le principe de l'égalité des successions pour rompre avec le droit d'aînesse et la faculté qu'avaient les parents de déshériter leurs enfants. Cette loi a été votée en 1793, avec un effet rétroactif au 14 juillet 1789 car un député influent de l'époque a été déshérité en 1790.
- Le régime de Vichy a admis que l'on puisse légitimer des enfants adultérins par mariage car Pétain voulait faire un cadeau à son jardinier qui était ans cette situation.

Cependant aujourd'hui, le mouvement a pris un tour + systématique et les lois spéciales sont de + en + nombreuses : contrat de vente, régime de la vente différent selon qu'il s'agisse d'une vente mobilière ou immobilière, nationale ou internationale, entre 2 professionnels ou un professionnel et un consommateur. Il n'y a pas une vente, mais des ventes. Le droit est totalement émietté. Il y a des explications à cet émiettement du droit : interventionnisme croissant de l'Etat, cette intervention n'est jamais neutre et favorise toujours une catégorie de justiciables par rapport à une autre.



La 2<sup>e</sup> explication est + théorique et tient au pluralisme juridique : chaque situation étant différente, elle doit recevoir un traitement juridique différencié. Le pluralisme juridique s'illustre parfaitement en droit de la famille : Carbonnier « à chacun sa famille, à chacun son droit de la famille ».

Constitution du couple, +++ possibilités de divorces...

Certains auteurs considèrent que cet émiettement est très dangereux et qu'il est contre-révolutionnaire : on va revenir à la situation antérieure à 1789 et émergence d'un droit de classe. Le critique est sévère. Aujourd'hui nos sociétés sont complexes et on ne peut se contenter d'une loi des XII Tables et de quelques maximes générales. Il faut distinguer entre les situations. La difficulté est de savoir jusqu'où aller dans la distinction. A force de distinguer, de poser des dérogations, des exceptions, on finit par perdre de vue le principe. Et c'est une des fonctions de la règle de droit que d'indiquer des principes clairs et forts.

## 2. La fin des lois obligatoires

Il faut rappeler le principe : la loi est obligatoire. Et évoquer son déclin : la loi est de – en – obligatoire et évoquer certains auteurs qui pensent l'émergence d'un droit nouveau.

### a) Le principe

La règle de droit est obligatoire, elle est assortie d'une sanction et permet de distinguer la règle de droit d'autres règles comme la règle morale.

Les justiciables se plient à la règle de droit sans crainte d'être sanctionnés. La sanction ne joue pas un rôle essentiel dans l'application de la règle de droit : effet prophylactique de la loi.

Le + bel exemple de la soumission à la règle de droit. Socrate a été condamné à mort et doit boire la ciguë. On lui propose la fuite et les lois se personnifient et comment à parler à Socrate « que vas-tu faire ô Socrate, ne vois-tu pas que ton projet de fuite prépare la destruction, l'anéantissement des lois et la chute de la République ? Penses-tu donc qu'un Etat puisse subsister sans lois et que les lois ne soient pas détruites et anéanties lorsque chaque homme privé peut les rescinder en se soustrayant à leur exécution ? »

Aujourd'hui ce principe est en net déclin. Il y a de + en + de textes de lois qui ne sont pas normatifs c'ad pas assortis de sanctions.

**Loi d'orientation en matière agricole du 25 juin 99** : la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire concoure à l'unité de la Nation, aux solidarités entre citoyens et à l'intégration des populations. Au sein d'un ensemble européen cohérent et solidaire, la politique nationale d'aménagement durable permet un développement équilibré de l'ensemble du territoire national alliant le progrès social, l'efficacité économique et la protection de l'environnement.

**Loi de 2001**: « La France reconnaît le génocide arménien ».

### b) Emergence d'un droit nouveau, selon certains auteurs

Droit post-moderne qui se caractériserait par 2 éléments :

- Le droit est de – en – normatif. Il n'impose +. Il cherche à susciter l'adhésion des justiciables par le mouvement de contractualisation ou par le technique qui consiste à poser un objectif vague qui devient petit à petit de + en + normatif par l'adhésion des justiciables.

On dit parfois que c'est du soft law.

- Le droit serait nécessairement de – en – précis, de + en + souple. Cette souplesse serait obtenue par le recours aux notions standard, la bonne foi, la proportionnalité....  
Concrètement, le législateur renonce à trancher par avance le litige et renvoie cet office au juge.

Que peut-on penser de tout cela ? Que le droit est en train de changer de nature, à tel point que certains auteurs pensent que pour définir la règle de droit, il ne sert à rien de se pencher sur les caractères de la règle de droit. Il faut s'intéresser aux fonctions de la règle de droit. A quoi sert une loi ?

Jean Marie Pontier, D 99, « à quoi servent les lois ? »

- la loi sert parfois à imposer ou interdire
- la loi sert de modèle, elle propose un modèle tout en laissant aux justiciables la possibilité de s'en écarter : loi supplétive
- la loi exprime les craintes, les angoisses de la société. Ainsi s'expliqueraient toutes les lois sur le négationnisme, sur les animaux dangereux ou sur les aléas thérapeutiques.

## SECTION 2 - Le positivisme factueliste

Il occupe une grande importance de laquelle on peut se convaincre en prenant en considération les lois expérimentales c'est-à-dire votées pour une durée limitée (5 ans), pour voir si elles répondent à l'attente et peuvent être pérennisées ou pas.

Ex : lois bioéthiques de 94 étaient des lois expérimentales car on était conscient que la science allait progresser et qu'il faudrait faire des ajustements.

On peut évoquer des expériences du positivisme factueliste tant en droit de la famille qu'en droit des affaires.

En droit de la famille : réformes à compter des années 60 : réformes Carbonnier : toutes ses lois ont été précédées de vastes enquêtes sociologiques et l'on a voulu faire des lois qui soient en phase avec la société qu'elles allaient devoir régir : loi sur le divorce 75, régimes matrimoniaux (enquêtes auprès des notaires), réformes en droit des incapacités. On a pris l'habitude de lancer des grands mouvements de consultations. Donc on a des lois qui a priori répondent à l'attente de la société, mais l'inconvénient c'est que la loi n'est rien d'autre que le reflet de ce qu'est la société alors qu'on a dit qu'un jugement de valeur était nécessaire.

En droit des affaires on peut trouver d'autres exemples du positivisme factueliste :

- **Droit de la concurrence** : ententes sont interdites, abus de positions dominantes, aides déguisées. Ces comportements faussent la concurrence. On aurait pu penser que chacune de ces infractions avaient une définition objective : soit l'infraction était constituée, soit elle ne l'était pas : bilan. Alors que tel comportement constitue un abus de position de dominante, il ne sera pas poursuivi car il se traduit par un effet positif sur le marché. C'est donc l'impact sur le marché qui commande la sanction ou l'absence de sanction de tous ces comportements déloyaux.
- **Droit des procédures collectives**. Pendant longtemps tout ce droit était régi par le droit des O° et des sûretés. Depuis 1985, ce droit a été infléchi au service d'impératifs autres que le désintéressement des créanciers, comme la survie de l'entreprise, comme le paiement des salariés. C'est un droit sensible économiquement parlant. Il s'agit de

trouver le juste équilibre entre les créanciers qui doivent être payés et la survie de l'entreprise.

## **CHAPITRE II – La part de l'idéalisme**

Cette influence est + discrète que le positivisme. L'idéalisme par son caractère abstrait, utopique est inapte à régler la complexité de nos sociétés. Et pourtant on peut s'apercevoir de sa survie à travers 3 manifestations :

- l'invocation du droit naturel
- judiciarisation de l'équité
- invocation de valeurs humaines et éthiques.

### **SECTION 1 - L'invocation du droit naturel**

Le droit naturel est invoqué tant par certains textes que par la jp.

#### **§ 1 – Par les textes**

##### **A) La DDHC de 1789**

Consacre les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme. Ce texte occupe une place de choix dans la pyramide des normes car il appartient au bloc de constitutionnalité.

##### **B) Le CC**

Il a fait l'objet de +++ projets avant d'aboutir. Dans le 1<sup>er</sup> projet, il y avait un préambule dans lequel on pouvait lire « il existe un droit universel et immuable source de toutes les lois positives ». Le P a disparu avec cette phrase dans le projet final. Quand on lit les travaux préparatoires, on s'aperçoit que cette phrase a disparu non tant par crainte de l'affirmation du droit naturel, mais par crainte du juge, on a voulu limiter son influence possible car il n'est que la bouche de la loi et ne peut la dépasser.

Reste qu'il y a dans le CC quelques clins d'œil à l'équité ou à la loi naturelle.

##### **C) Certains textes de la législation contemporaine qui s'autorisent du droit naturel**

Ordonnance du 9 août 1944 qui a annulé rétroactivement certaines lois votées par le Régime de Vichy.

Loi qui permet à un médecin de refuser de prêter son concours à une IVG.

Il peut opposer sa conscience. Dans les débats parlementaires on en a appelé au droit naturel.

#### **§ 2 – Par la jp**

On va s'apercevoir de l'influence que peut jouer le droit naturel today. Tantôt il va permettre de combler un vide, un silence législatif. Parfois l'invocation du droit naturel va permettre de contourner la loi positive. L'invocation du droit naturel ici est subversive.

##### **A) Arrêt CCass, 7 mai 1928**

La Cour a jugé que la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été mis en demeure de se défendre. Cette solution a été déposée à une époque où la loi pénale était silencieuse.

### **B) Jugement du tribunal de Toulouse, 7 juin 84**

Deux parents se disputaient la mère avait seule l'autorité parentale sur l'enfant et le père voulait un droit de visite. Le TGI a considéré que le droit de visite devait être reconnu à ce père car c'est un droit naturel tiré de la paternité ou de la maternité.

Rq : il y aurait un droit naturel général et un droit naturel spécial.

Rq : Le droit naturel a été ici invoqué pour pallier le silence de la loi.

### **C) TGI Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984**

Une veuve voulait récupérer le sperme congelé de son mari afin d'être inséminée.

Le TGI juge : « ni les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari décédé, ni l'insémination de sa veuve, ne sont interdits ou même organisé par un texte législatif. Dès lors qu'elle ne heurte pas le droit naturel, l'une des fins du mariage étant la procréation les éprouvettes doivent être remises à la veuve ».

Ici invocation du droit naturel alors que le droit positif est silencieux.

### **D) Arrêt CA Paris, 15 juin 90 : affaire des mères porteuses**

Un couple stérile passe une convention avec une personne qui va porter enfant inséminé avec sperme du mari. La CA Paris a admis la licéité de mères porteuses au motif suivant : « tant au regard des principes généraux, qu'au nom du droit naturel de chaque être humain figure celui de fonder une famille par la procréation, au besoin à l'aide de méthodes dites artificielles. On s'aperçoit ici que l'invocation du droit naturel est beaucoup plus subversive car il y avait dans le droit positif de quoi interdire ces conventions : principe de l'indisponibilité du corps humain et principe de l'intangibilité des personnes. Ici le droit naturel légitime des méthodes artificielles.

Arrêt car Assemblée Plénière en 1991, mais illustre l'ambiguïté du droit naturel.

## **SECTION 2 – La judiciarisation de l'équité**

L'équité serait simplement une notion modératrice qui vient tempérer les excès auxquels pourraient donner lieu à l'application d'une règle de droit abstraite à une situation concrète. L'équité ne joue qu'au cas par cas, elle n'est pas une source de droit. Pourtant aujourd'hui l'équité est de + en + invoquée comme source de droit, comme étant le fondement d'une décision. Cette judiciarisation de l'équité se manifeste tant dans le droit substantiel que dans le droit processuel.

### **§ 1 – Le droit substantiel**

Il y a dans le CC de nombreuses dispositions où le législateur invite le juge à se fonder directement sur l'équité pour juger un litige.

**Art 1135 CC** : le contrat oblige non seulement ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité donne à l'O°. En se fondant sur cet article, la CCass, n'hésite + à interpréter les contrats et s'éloigner de ce que voulaient les parties.

Le droit de biens : accession mobilière.

Le CC prévoit à **art 565**, « le droit d'accession quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à 2 maîtres différents est entièrement subordonné au principe de l'équité ».

Les arbitres qui interviennent dans un contrat d'arbitrage, peuvent statuer en amiables compositeurs c'ad en équité.

## **§ 2 – Le droit processuel**

C'est l'ensemble du procès qui doit être équitable. Nos procédures civile, pénale, administratives ont été profondément bouleversées sous l'influence de l'art 6 de la CEDH qui dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi : le commissaire du gouvernement ne peut + siéger au délibéré. Il y a d'autres modifications qui peuvent arriver.

Peuvent se saisir d'office Conseil de la Concurrence et autorités administratives indépendantes, juge des enfants, TC, ordres professionnels. Cette auto saisine contrarie t-elle les règles du procès équitable ? Si le tribunal s'auto saisit c'est que l'on a un préjugé. De nombreux auteurs pensent que cette auto saisine est certainement contraire à art 6 CEDH. Mais le CE et la CCass ont considéré que la « faculté pour une juridiction de se saisir d'office, ne porte atteinte à aucun principe du droit français, ni au principe d'indépendance et d'impartialité garanti par art 6-1 CEDH.

## **SECTION 3 – L'invocation de valeurs humaines et éthiques**

De + en + souvent dans le discours juridique, on en appelle à certaines valeurs humaines transcendantes ou certains arguments moraux, éthiques. C'est une manière de s'échapper au positivisme.

### **§ 1 - Les valeurs humaines**

Elles peuvent être illustrées par les lois bioéthiques et par tous les débats auxquels elles ont donné lieu. Certains auteurs comme Luc Ferry considèrent que ces lois traduisent aptitude de l'Homme à s'élever vers un universalisme abstrait qui transcende et dépasse les intérêts § de chacun.

Il y aurait des principes auxquels on ne peut toucher : intangibilité du corps humain...

Selon JBS les lois de 94 sont une tartufferie car dans le CC on a mis les principes et les exceptions dans le Code de la Santé Publique. Ces lois de 94 ne sont pas pétries d'humanisme, d'universalisme, elles ne font que traduire l'exaltation contrôlée de l'individu qui n'a de limites que ses désirs.

### **§ 2 – Les valeurs éthiques**

En 1804, on considérait que droit et morale étaient deux choses distinctes et que le droit pouvait prendre le relais de certaines règles morales.

Débat à propos de **l'art 371 CC**, les enfants doivent respect à leurs parents. En 1804 débat pour savoir si cet article devait figurer dans le CC ou non. Pour certains c'était une règle morale, pour d'autre le droit pouvait prendre le relais de la morale.

La IIIe République et le Régime de Vichy ont rendu suspect tout discours moralisant ou moralisateur. Il a fallu attendre Rippert avec l'O° morale dans les O° civiles pour que soit réaffirmé le fait que de nombreuses règles juridiques avec leur source dans des exigences morales. Dans les années 60, les discours moralisateurs étaient suspects et de nombreux comportements moralement condamnables ont vu leur sanction juridique disparaître : homosexualité, adultère, IVG étaient des infractions. Depuis les années 80, on voit renaître une certaine morale qui avance à pas feutrés sous le couvert d'éthique.

La morale est une exigence individuelle, l'éthique se veut souvent un ensemble de valeurs partagées. L'éthique apparaît souvent comme pouvant se décliner en fonction des professions : il y a par exemple une éthique journalistique...

Renouveau de l'éthique :

- Création du Comité national d'éthique en 83. Juristes, philosophes, ecclésiastiques, médecins qui émettent des avis. C'est assez dangereux.
- De nombreuses grandes sociétés commerciales se dotent de code d'éthique à des fins commerciales.