

I. La notion du Droit

La notion du Droit est bien entendu difficile à cerner. Pour mener à bien cet exercice délicat, il faut faire une première approche du Droit, puis analyser ses caractéristiques essentielles.

A. Une première approche de la notion du Droit

La première approche du Droit passe nécessairement par sa définition et par la présentation de ses branches.

a. La définition du Droit

La définition du Droit ne fait pas l'unanimité. Néanmoins, il y a une définition qui englobe un nombre satisfaisant d'éléments, afin que l'on puisse la retenir comme une définition (générale) du droit. En même temps, cette définition nous initie à la spécificité du Droit.

Une définition contenant les caractéristiques essentielles du Droit

Si l'on ouvre un dictionnaire juridique, on va voir que le droit est défini comme un ensemble de règles organisant, de manière externe et obligatoire, la vie sociale. On rencontre la même définition dans des manuels de l'introduction générale au droit, selon lesquels **le droit est un ensemble de règles de conduite assorties d'une sanction contraignante.**

A partir de cette définition, il devient plus aisé de construire immédiatement les caractéristiques essentielles du Droit, à savoir son **caractère social, obligatoire et cohérent.** Avant de procéder à cette analyse, il nous faut revenir à un élément essentiel de la nature même du Droit, qui est sa finalité.

Selon la définition donnée, l'objectif poursuivi par le Droit (la raison pour laquelle on crée le Droit) est l'organisation de la vie sociale. A cet égard, force est de constater que le Droit coexiste, voire n'entre en concurrence avec d'autres systèmes de normes poursuivant, au moins partiellement, cette même finalité.

Une définition révélant la spécificité du Droit

La constatation précédente est quelque chose d'acquis : le Droit n'a pas le monopole de l'organisation de la vie sociale. A côté du Droit, il y a d'autres systèmes de normes qui prétendent participer à l'organisation de la vie sociale.

L'éthique et, surtout, la religion sont les plus connues. Si l'on prend la religion, qui est le système d'organisation de la vie sociale le plus connu, à côté du Droit, force est d'observer que la religion non seulement coexiste mais que, parfois, elle entre en concurrence avec le Droit.

D'abord, la religion est un ensemble de règles. **Puis**, la religion est un ensemble de règles de conduite. Certes, son objectif est d'imposer une forme de conduite individuelle. Pour autant, il y a des religions qui insistent beaucoup sur la réglementation des situations collectives, sociales.

Enfin, la religion assortit ses règles de sanctions. La sanction, nous le verrons, désigne la conséquence, le tarif à payer en cas de violation de la règle. Certes, la sanction (juridique) la plus connue est la peine pénale, et plus précisément la peine privative de liberté. Cette perception monovalente de la sanction (juridique) est celle de l'opinion publique et ne vaut pas pour les juristes. Le Droit connaît une multitude de sanctions, assortissant l'application de ses règles (ex. résiliation du contrat).

Pourtant, ce n'est pas seulement le Droit qui assortit ses règles de sanctions. La violation des règles éthiques ou religieuses est également assortie de sanctions, qui commencent par l'exclusion du réfractaire du groupe concerné (ex. religieux) et qui peuvent aller jusqu'à l'infliction de la peine de mort ! Le chef suprême du régime iranien avait ordonné l'élimination de Salman Rousdhie !

Par ailleurs, l'Islam offre l'exemple le plus connu d'un système religieux qui se prétend être concomitamment un mode d'organisation de la vie sociale. Il y a des règles islamiques qui règlement des institutions sociales que, en droit français, on considère civiles, comme le mariage, l'adoption, l'héritage, il a des règles de nature pénale (contre le vol p. ex.).

Quelle est la différence entre le Droit et la religion ?

On peut la situer sur la nature même des règles et des sanctions contraignantes qui les assortissent. Certes, d'un côté, leurs règles respectives ne poursuivent pas les mêmes objectifs prioritaires. Une règle religieuse règle le comportement de l'individu mais en passant notamment par la vertu, **ce qui n'est pas le cas de la règle juridique qui ne s'intéresse pas à la vertu**. Nous allons expliquer par la suite qu'il n'est pas juridiquement exact d'affirmer que le droit (pénal) « interdit l'homicide » ou le viol.

Une telle affirmation octroie indirectement à la loi pénale un caractère vertueux qui n'est pas du tout le sien. Le Droit, en l'occurrence le droit pénal, cherche, certainement, à éradiquer par la peine les pathologies sociales les plus graves mais il ne le fait pas par la vertu : le droit pénal n'interdit pas ; **il prévoit et punit**.

Deuxièmement, ce qui change c'est la nature de la sanction contraignante. La sanction prévue par le Droit a un caractère **objectif** : elle est imposée et appliquée selon les modalités prévues par le Droit lui-même ! De plus, cette sanction peut, le cas échéant, être appliquée par le biais de recours à la force, exercée par l'Etat qui détient le monopole de la violence légitime.

Cette affirmation pose effectivement le problème du lien entre l'Etat et le Droit : quel peut être le degré de soumission de l'Etat lui-même au Droit, à partir du moment où il assure, si besoin par la force, la bonne exécution ? Cette question fait écho à la notion de l'Etat de droit, à laquelle nous allons revenir en parlant des droits fondamentaux !

b. Les branches du Droit

Le Droit, nous l'avons déjà dit, regroupe un ensemble de règles de conduite. Ces règles de conduite ont un caractère social (nous le verrons) dans le sens où leur finalité est d'organiser la vie sociale.

C'est ainsi que les différentes branches du Droit apparaissent. Le Droit contient de règles qui concernent tous les aspects de la vie sociale : l'Etat et les relations entre l'Etat et les personnes/les relations interpersonnelles. Il contient, depuis très longtemps d'ailleurs, de règles organisant les rapports entre Etats, par temps de paix ou par temps de guerre !

Sur cette base, il y a deux distinctions fondamentales qui déterminent les branches du Droit : celle entre le droit public et le droit privé, qui est imprégnée par la distinction entre le droit national et le droit international. C'est sur la base de cette dernière distinction que nous allons présenter les différentes branches du Droit.

Le droit national

Le droit national a deux branches principales : le droit public et le droit privé. Nous pouvons rajouter à celles-ci le droit pénal, que nous avons surtout en France à le rattacher au droit privé, car il concernait, initialement, des relations entre personnes privées, lésées par des infractions graves, mais, au fil des ans, s'est construit sur la base de prérogatives de puissance publique, qui ont été accordées à la justice.

Pour faciliter la présentation des différentes branches du droit national (droit public et privé notamment), on ne va pas toute suite parler de la procédure, du droit judiciaire ou processuel. Nous allons faire une présentation finale à la fin.

Le droit public

Le droit public est construit autour de l'entité de l'Etat, qui est à son cœur. Il poursuit, ainsi, deux objectifs principaux : l'organisation de l'Etat et l'organisation des relations de l'Etat avec les personnes privées.

C'est sur cette base que nous pouvons distinguer les deux principales branches du droit public : le droit constitutionnel et le droit administratif.

Le droit constitutionnel est le droit de l'organisation de l'Etat. Certes, l'organisation d'un Etat moderne et développé (comme la France) est une affaire complexe, dont la réglementation ne s'épuise pas au droit constitutionnel. Toutefois, le droit constitutionnel prévoit les pierres angulaires de l'organisation de l'Etat :

- Ses principales institutions et leurs compétences
- Les fondements des relations entre l'Etat et les personnes, que sont, comme nous le verrons, les droits fondamentaux.

C'est ainsi la Constitution qui prévoit les compétences du Président, du gouvernement, du Parlement, leurs relations interinstitutionnelles... + nos droits fondamentaux.

Après, à côté du droit constitutionnel, il y a d'autres branches du droit public, qui s'occupe du fonctionnement quotidien des institutions (et non pas des grandes lignes concernant leur organisation), ex. le droit parlementaire !

Le droit administratif est le droit de l'Administration et de ses relations avec les personnes, qui est une émanation/une expression de l'Etat. Ainsi, le droit administratif général concerne le cadre général des relations entre le public et l'Administration.

Il y a une multitude de branches du droit administratif qui concerne les différents aspects des relations du public avec l'A : il y a notamment le **droit fiscal**, qui relève principalement du droit administratif et qui concerne l'établissement et le paiement de l'impôt ! Il est, donc, le droit qui organise les relations de l'Etat avec le contribuable.

Il y a aussi le droit de l'urbanisme (qui concerne l'intervention de l'Etat en matière de construction), le droit administratif des biens, qui concerne la gestion des biens de l'Etat (ou des collectivités territoriales) ou, même, le droit de la fonction publique, qui est le droit de l'organisation interne de l'Administration.

En vérité, il y a quelques branches du droit public qui sont rebelles, qui ne relèvent exclusivement ni du droit constitutionnel ni du droit administratif. C'est notamment le cas du **droit fiscal** : le droit fiscal est littéralement le droit des recettes de l'Etat.

Certes, il concerne les relations entre l'administré (sous la configuration spécifique du contribuable= celui qui est tenu de payer l'impôt) et l'Administration mais sa mission est beaucoup plus « noble » : il touche le gouvernement plus que l'administration ! Les règles fiscales, regroupées en droit fiscal, sont des instruments d'exercice de la politique, des instruments d'égalité et de justice. Par ailleurs, ses fondements sont révolutionnaires et constitutionnels !

Dans la même catégorie, on peut enfin classer le **droit des finances publiques**= le droit des dépenses de l'Etat.

Le droit privé

Le droit privé règlement les relations entre les personnes privées. Le cœur du droit privé est le droit civil qui, au bout d'un moment, s'est avéré insuffisant (ou plutôt peu protecteur, peu adapté aux exigences de l'évolution des relations humaines) d'où l'apparition des émanations du droit civil.

Dans ce même cadre, nous allons présenter le droit international privé, qui, bien que « international » fait en réalité partie du droit privé national de chaque pays.

Le droit civil

Le droit civil constitue une véritable matrice du droit privé. C'est la branche du droit privé qui concerne l'essentiel des relations entre personnes privées. Elle concerne tout d'abord les **personnes elles-mêmes** : le droits des personnes (leur nom, leur âge, leur sexe, leur domicile).

Au-delà de cela, le droit civil concerne les **relations humaines les plus étroites** : les relations familiales (les relations entre époux, les relations entre les parents et les enfants= le droit de la famille), les relations entre héritiers en cas de décès (droit des successions), leurs prérogatives sur les biens qu'ils possèdent (droit des biens).

A côté de cela, le droit civil règlemente un phénomène social crucial, celui des **obligations**. Il règlemente en effet les sources des obligations. L'obligation désigne un lien juridique entre un créancier et un débiteur.

Selon l'enseignement classique, les obligations ont deux sources principales : le contrat (dont la conclusion et la formation sont régies par le droit des contrats) et le préjudice illicite, ce qu'on appelait auparavant le quasi-délit (droit de la responsabilité civile). Il y a une troisième source, quasi-contractuelle (ex. la gestion des affaires d'autrui).

Le droit civil n'organise pas seulement la genèse des obligations mais aussi leur évolution (leur évolution, leur exécution, leur inexécution) : c'est le droit des obligations.

Le droit des contrats et le droit des obligations sont construits en se calquant sur un contrat, celui de la vente. L'organisation de ce contrat-modèle inspire l'organisation des autres contrats (nommés= prévus par le Code civil ou innomés= non directement prévus par le Code civil), comme le contrat de prêt, de prêt à usage, de louage (louage de bien meubles ou immeubles= contrat de location, louage d'ouvrage).

Le droit civil a un domaine qui paraît ample, particulièrement vaste. Vous allez plus tard apprendre que le droit civil peut constituer une forme d'attrape-tout. En effet, contrairement au droit pénal, qui est imprégné par le principe de la légalité (il n'y a pas d'infraction si la loi n'a pas érigé le comportement en question en infraction !) un comportement, une situation peuvent a priori recevoir une qualification civile.

Le fait de calquer tout le droit des contrats et le droit des obligations sur le contrat de la vente permet d'avoir une organisation claire et stable de ces relations. En effet, la véritable puissance du droit civil s'est toujours située sur la liberté contractuelle. Constitutionnellement protégée, cette liberté a dû être modulée en fonction des circonstances, pour tenir compte des particularités de certaines relations contractuelles.

Les émanations du droit civil

Le droit privé s'épuisait pendant longtemps au droit civil (si l'on met à l'écart le droit pénal). En effet, le droit civil régissait en réalité, la quasi-intégralité des relations humaines. Cette situation a pris fin depuis déjà longtemps : nous allons voir les limites du droit civil et ses émanations principales, savoir le droit commercial et le droit du travail et enfin d'autres émanations du droit civil.

Les limites du droit civil

Néanmoins, sa force est progressivement devenue sa faiblesse. Nous avons vu que le droit civil (et plus précisément le droit des contrats) organise les contrats sur le modèle de la vente. En effet, cette organisation repose non seulement sur un contrat-modèle mais sur un postulat de départ : les parties contractantes sont libres et égales.

Les postulats de départ sur lesquels est bâti le droit des contrats ne sont pas valables pour tous les contrats. Les contractants ne sont pas toujours véritablement égaux. Dans tous les cas, il y a des relations contractuelles qui ont des exigences particulières auxquelles le droit civil, avec sa réglementation classique ne peut pas répondre.

Cette situation a progressivement conduit à l'apparition de branches du droit privé qui sont des émanations du droit civil mais qui s'en séparent par le biais de lignes directrices qui leur sont propres.

Le droit commercial et le droit du travail

Tel est notamment le cas du **droit commercial** et du **droit du travail**, qui sont les exemples les plus caractéristiques. Quelle est la particularité des relations entre commerçants à ce que l'on ait pu considérer que le droit civil n'était pas adapté en vue de les organiser ? Ces relations se caractérisaient et se caractérisent toujours par une extension plus grande (à l'échelle internationale, voire mondiale) et par une exigence de rapidité. Ces caractéristiques se conciliaient difficilement avec certaines exigences du droit de contrat, comme la prépondérance de la preuve écrite.

Ainsi, les relations commerciales se sont progressivement affranchies des règles du droit civil pour être soumise à leur propre réglementation, destinée à répondre aux exigences d'un **formalisme réduit et d'une mobilité renforcée** (cette réglementation commerciale était et continue d'être en grande partie supranationale, commune à tous les commerçants, non écrite et coutumière et constituait ce que l'on va appeler *lex mercatoria* : le droit des commerçant de toutes les Nations).

Le cas du droit du travail est différent ; d'ailleurs il s'est séparé du droit civil plus tardivement vers la fin du 19^{ème} siècle. Le droit du travail s'est développé à partir du constat selon lequel l'employeur et l'employé ne sont pas, économiquement, deux contractants libres et surtout égaux. La force économique supérieure de l'employeur lui permettait d'imposer ses propres conditions dans le contrat de travail.

Ainsi, les Etats ont progressivement commencé à intervenir à cette relation contractuelle par le biais de lois d'ordre public (aux dispositions desquelles les parties ne peuvent pas déroger, nous allons revenir à cette notion de loi d'ordre public), en limitant la liberté contractuelle (qui n'était qu'un simulacre de liberté) pour, en réalité, protéger le salarié.

Contrairement au droit civil, qui s'est bâti sur le fondement de la liberté contractuelle, le droit du travail s'est bâti sur le principe de la protection du salarié. Son expression est le développement des règles d'ordre public au détriment de la liberté des parties, ex. en droit des contrats classique, l'intention des parties est prépondérante pour l'interprétation des contrats. Ce n'est pas le cas en contrat de travail, dont la **qualification est, vous le verrez, indisponible, d'ordre public** : si un contrat présente les caractéristiques d'un contrat de travail, il est qualifié comme tel, peu importe que les parties ne l'aient pas voulu comme un tel contrat. L'objectif est clair : soumettre cette relation contractuelle au cadre protecteur (qui concerne l'exécution du contrat, les horaires, les congés, la santé, l'hygiène, le licenciement...).

Les autres émanations du droit civil : le droit des assurances et le droit de la consommation

Au-delà du droit commercial et du droit du travail, il y a d'autres branches du droit privé qui régissent des relations relevant par nature du droit civil. A cet égard, on eut

citer le **droit des assurances**. Ce droit concerne la prise en charge, par un intervenant tiers de la responsabilité civile incombant à une personne, avec laquelle il a une relation contractuelle à cette fin. L'assureur se constitue ainsi en tiers payeur au profit de son assuré.

Le droit des assurances organise ainsi un phénomène construit (les assurances) pour répondre aux exigences de la responsabilité civile. Pour autant, il prend un compte une multitude de facteurs, parfois étrangers au droit classique de la responsabilité civile. Vous allez voir que ce dernier est littéralement obstiné par la recherche du préjudice, afin d'en assurer la réparation intégrale (principe également constitutionnel). Le droit des assurances a dû répondre à d'autres exigences ayant un caractère social, collectif, public comme la protection de la communauté des assurés (ou plutôt la conciliation de ses intérêts avec l'intérêt des victimes-personnes lésées par le fait illicite ayant causé le préjudice).

On peut, enfin, citer l'exemple du droit de la consommation. Le droit de la consommation tente de réguler un phénomène déjà connu en droit des contrats classique, celui des contrats dits d'adhésion. Les contrats d'adhésion sont ceux dont les clauses ne sont pas le fruit d'une libre négociation entre les parties mais dont les clauses essentielles sont déjà préparées de manière unilatérale par l'une des parties. Dès lors, la partie cocontractante ne peut pas négocier et sa liberté contractuelle se limite à la possibilité de signer ou de ne pas signer le contrat.

Cette réduction de la liberté contractuelle devient encore plus marquante lorsque, dans la relation contractuelle concernée, l'une des parties (celle qui a préparé la clause) a une force économique supérieure, ainsi qu'une expérience et des informations plus importantes, lui conférant une supériorité nette vis-à-vis de l'autre partie, qui n'a pas accès à ces avantages.

Tel est souvent le cas des entreprises avec leurs clients, qui sont des simples particuliers et non pas de commerçant. Les entreprises profitent de leur supériorité, elles appliquent des politiques agressives (publicitaires mais pas que, elles adoptent notamment des stratégies pour aller chercher le client, qui agit ainsi sous l'effet de la surprise), sans compter la pratique des contrats massivement préparés en avant, qui ont des clauses pré-rédigées dont le client-cible ne prend pas une réelle connaissance.

Le droit de la consommation a été développé justement pour faire face aux difficultés et aux situations peu équitables générées par ces pratiques (qui conféraient une position contractuelle nettement avantageuse à l'entreprise). L'objectif est le même : protéger la partie la plus faible, qui a la moins d'expérience et de recul en cette matière (en lui permettant par exemple de se **rétracter** sans cause réelle dans un délai relativement restreint).

Le droit international privé

Comme son nom le révèle, le droit international privé c'est du droit privé ! Partant de ce postulat, force est d'affirmer que le droit international privé régit, également de son côté, les relations entre personnes privées (toute forme de relation : familiale, successorale, contractuelle).

Toutefois, le droit international privé a un aspect qui lui est propre et qui le sépare du reste du droit privé : les relations concernées ont un **élément d'extranéité**. Pour faire simple, les relations privées concernées dépassent les frontières nationales (françaises).

Ex. 1 les successions internationales : une personne de nationalité française décède à l'étranger/inversement, une personne de nationalité étrangère décède en France/ou une personne de nationalité étrangère résidant à l'étranger décède et a des biens) hériter en France ! Ex. 2 une personne de nationalité française se marie avec un étranger/ou à l'étranger/ Ex. 3 un couple français souhaitent adopter un enfant étranger.

Au-delà de ces relations, purement personnelles, il est évident que des relations contractuelles peuvent également avoir un élément d'extranéité : ex. contrat conclu en France, qui doit être exécuté en Allemagne.

Le droit pénal

La définition du droit pénal est assez simple : c'est la branche du Droit qui prévoit et qui punit les comportements antisociaux les plus importants, les atteintes les plus graves à l'ordre public et social.

Son outil est la peine. Ses caractéristiques expliquent son rattachement traditionnel, en France, au droit privé. Historiquement, la peine était une forme de vengeance de la victime ou de la famille de la victime. La punition était une affaire essentiellement privée, le différend entre la victime (ou la famille de la victime, si cette dernière n'était pas en vie) et l'auteur des faits se présentait comme un litige privé ; ce caractère privé perdure jusqu'à aujourd'hui dans l'institution de la partie civile en procès pénal.

Il n'en demeure pas moins que la peine n'est plus privée en droit français. La peine n'est pas une réponse privée mais sociale, publique. Les poursuites sont mises en mouvement par le parquet, la victime n'a pas son mot à dire en matière d'application de la peine.

Le droit pénal a plusieurs subdivisions. Il y a les subdivisions principales, classiques (**droit pénal général**= il contient les règles et les principes qui s'appliquent à l'ensemble des infractions, ex. la classification tripartite des infractions, les principes d'interprétation stricte de la loi pénale, ou les causes d'irresponsabilité pénale, la tentative/le **droit pénal spécial**= la réglementation des différentes infractions, crimes et délits contre les personnes et contre les biens, ou contre la sûreté de l'Etat, quant aux crimes et aux délits contre les personnes, on a les crimes et les délits contre la vie (l'homicide), contre la liberté (la séquestration), contre la liberté sexuelle (le viol), contre la vie privée).

Il y a également d'autres sous-catégories du droit pénal, qui organise la répression pénale dans des infractions encore plus particulières, et spécifiques dans un domaine d'activité humaine. A cet égard, vous allez souvent entendre parler de droit pénal social ; le droit pénal social organise la répression pénale de la violation des lois sociales, qui protègent le travail et la sécurité sociale (l'infraction sociale la plus connue : travail clandestin, fraude sociale) ; de même, nous parlons parfois du droit pénal fiscal, branche qui organise la punition de la fraude fiscale et des délits que l'on dit assimilés. Enfin, vous allez beaucoup parler du droit pénal des affaires, qui

contient les règles de répression pénale de la criminalité dans le cadre des entreprises (ex. abus de biens sociaux).

A côté de cela, le droit pénal a d'autres branches, comme la criminologie et, notamment, la procédure pénale. La tâche de cette dernière est d'organiser le déroulement du procès pénal. Cette référence à la procédure pénale nous donne l'occasion de dire quelques mots sur la procédure.

Un mot sur la procédure : le droit processuel et le droit judiciaire et leurs émanations

Les branches du droit national déjà présentées ont une caractéristique en commun : elles contiennent des règles que l'on peut qualifier de substantielles. Autrement dit, ces règles interviennent sur le fond, sur le comportement humain en tant que tel.

Ces règles de fond sont systématiquement accompagnées de règles de procédure ; nous avons ainsi le Code civil et le Code de procédure civile (et le Code des procédures civiles d'exécution), ou le Code pénal et le Code de procédure pénale.

L'objectif de ces règles de procédure est de mettre en place le processus, les modalités assurant l'application des règles de fond. Dès lors, les règles de procédure intéressent principalement les tribunaux ; elles interviennent en réalité lorsque l'application du Droit cesse d'être spontanée et volontaire et qu'elle passe par la justice.

C'est la raison pour laquelle les règles de procédure ne constituent pas un droit procédural mais un droit que l'on appelle plutôt processuel (= le droit du procès), ou judiciaire (= le droit de l'organisation de la justice, de son fonctionnement et de l'exécution de ses décisions). Le droit judiciaire et le droit processuel (qui s'intéresse également au procès administratif, quelque peu exclu du droit judiciaire, car il n'est pas judiciaire mais administratif !!) étudient en profondeur les règles de la procédure civile, pénale.

La procédure administrative existe mais sa caractéristique est qu'elle ne concerne pas les tribunaux : les règles procédurales en matière administrative sont appliquées par l'Administration elle-même ; c'est le droit du contentieux administratif qui systématise et qui étudie le procès devant les juridictions administratives.

Le droit international

Dans sa perception traditionnelle, le droit international est le droit qui organise les relations entre les Etats (par temps de paix ou par temps de guerre !). Néanmoins, cette conception classique, qui réduit le droit international au droit international public, est quelque peu dépassée. Le droit international public est au cœur du droit international mais il n'en constitue pas la seule branche.

Il y a également le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme.

Le droit international public

Après avoir présenté le droit international public, il convient de s'attarder à la problématique relative à sa véritable nature.

La présentation du droit international public

Le droit international public est le droit des relations entre les Etats. Historiquement, les Etats ont été les seuls acteurs, les seuls **sujets** du droit international. Toutefois, tel n'est plus le cas, et cela à partir de la fin de la Première guerre mondiale, surtout à partir de la fin de la Seconde guerre mondiale.

A partir de ce moment, le droit international public a un deuxième sujet majeur, les **organisations internationales**. Parmi celles-ci, on doit distinguer l'ONU. Le droit international public se transforme en mode d'organisation des relations entre les Etats et des relations entre les Etats et les organisations internationales. D'ailleurs, désormais, comme on le verra, la principale source du droit international (régissant les obligations des Etats dans leurs rapports ainsi que dans leurs rapports avec les organisations internationales) est la Charte des Nations Unies : c'est elle qui interdit la résolution des conflits par les armes, c'est elle qui autorise la légitime défense de

l'Etat en cas d'agression illicite, c'est elle qui impose aux Etats de respecter les résolutions du Conseil de sécurité.

L'entrée en scène des organisations internationales a multiplié les sous-ensembles qui composent le droit international public ; on parle ainsi de droit administratif international, qui est le droit du fonctionnement interne des organisations internationales.

La problématique sur la véritable nature du droit international public

L'existence même d'un droit international est sérieusement remise en cause. Plusieurs auteurs continuent de soutenir qu'il n'y a pas de « droit » international au sens propre du terme mais un ensemble de règles non obligatoires. Deux arguments sont avancés à cet égard :

- Le premier argument, qui est en réalité, l'argument de base, rappelle qu'il n'y a pas, à l'instar du droit national, construit sur le fondement de l'Etat, une entité superposée aux Etats, sujets du droit international. Selon l'expression de la doctrine du droit international, ce dernier a un caractère horizontal tandis que le droit national aurait un caractère vertical (O. Corten, F. Dubuisson, V. Koutroulis, A. Lagerwall, Une introduction critique au droit international, 2017, Ed. de l'Université de Bruxelles, p. 34)
- Le deuxième argument, qui est le prolongement logique du premier, consiste à dire que les règles du droit international sont dépourvues de sanction et de caractère obligatoire, faut d'entité superposée ayant la capacité d'imposer, si besoin par la force, leur respect.

Cette argumentation doit être **écartée**.

Il est incontestable que l'absence d'entité superposée est une **source constante de difficultés** en matière d'application du droit international. En effet, les violations du droit international, par les Etats, sont impunies, ne cessent pas ; inversement, son respect se présente souvent comme une question de rapport de forces, d'équilibre

politique (économique, commercial, militaire) que comme un résultat direct de son caractère obligatoire.

Si la doctrine souligne que les violations du droit international constituent l'exception et non pas la règle, elle admet pour autant que cette situation d'absence de verticalité (qu'elle relativise, à juste titre) signale un problème existentiel.

Toutefois, la violation des règles du droit international est assortie de sanctions, à savoir des conséquences.

- Dans un premier temps, la possibilité de contraindre un Etat, si besoin par le biais du **recours à la force** existe !

En termes de droit international, il faut une décision du Conseil de sécurité des Nations Unies ou de l'Assemblée générale à une majorité qualifiée. Une telle décision est, bien entendu, prisonnière de calculs politiques, d'où sa rare apparition : ex. le Conseil de sécurité n'a pas qualifié de génocide les exactions commises au Rwanda en 1994, ce qui a empêché une intervention militaire internationale !

Malgré ces difficultés majeures, on ne peut pas, juridiquement parler, remettre radicalement en cause l'existence et la portée d'une telle sanction, qui marque la pénétration de la coercition dans un terrain qui, a priori, lui est étranger, celui du droit international.

- Le recours à la force peut constituer la réponse unilatérale d'un Etat à une agression armée illicite, dont il fait l'objet ; c'est le fameux droit à la **légitime défense**, art. 51§2 de la Charte des Nations Unies.
- Il est généralement admis que les Etats, dont les droits et les intérêts sont violés par l'action internationalement illicite d'autres Etats peuvent adopter des **contre-mesures**.

Cette possibilité a une source principalement doctrinale, sans être consacrée par de textes jusqu'à présent (O. Corten, F. Dubuisson, V. Koutroulis, A. Lagerwall, Une introduction critique au droit international, 2017, Ed. de l'Université de Bruxelles, p. 505).

Ces contre-mesures ont a priori un caractère internationalement illicite, elles constituent une violation du droit international (ex. un embargo). Elles se justifient

pour autant comme réaction à une violation du droit international ; elles constituent une **forme de sanction**.

Malgré la particularité majeure signalée (d'horizontalité) et les difficultés qui l'accompagnent, les règles du droit international sont, au moins en théorie, suffisamment équipées de sanctions, au sens juridique du terme, afin que l'on puisse affirmer que **le droit international, c'est du Droit au sens strict du terme**.

Le droit international pénal

Le droit international pénal doit être distingué du droit pénal international. Le droit pénal international est une branche du droit pénal qui concerne les infractions pénales qui ont un caractère transfrontalier (un élément d'extranéité, si l'on peut dire, même si ces termes n'y sont pas tout à fait adaptés), ex. un trafic de stupéfiants entre la France, l'Allemagne et la Belgique ou un crime commis à l'étranger par un Français. Dans ces cas-là, les règles qui s'appliquent sont ceux du droit pénal en tant que tel mais enrichies pour tenir compte de cet élément d'extranéité, transfrontalier. C'est ainsi que l'on parle de droit pénal international.

Le droit international pénal désigne une chose différente, il régit de crimes différents : il s'agit d'un nombre restreint de crimes odieux, désapprouvés par l'ensemble des Nations, prévus et réprimés par de conventions internationales.

Tel est notamment le cas des **crimes de guerre et des crimes de génocide**. Il est évident que les crimes de guerre et les crimes de génocide sont également prévus et punis par les législations pénales nationales. La particularité se trouve au fait que la communauté internationale **revendique, elle aussi et de manière autonome, le pouvoir de réprimer**, par le biais de ses propres organes, permanents ou ad hoc, ces crimes.

Tel n'est pas le cas, p. ex. avec les crimes terroristes, les crimes de trafic de stupéfiants, les crimes de financement du terrorisme qui ont un caractère transfrontalier : la communauté internationale se mobilise contre ces actes, et il y a une multitude de textes internationaux qui concernent ces formes de criminalités,

MAIS ceux-ci ne mettent pas en place un pouvoir de répression appartenant aux organes internationaux. Ils mettent en place de **lignes directrices**, à charge pour les **Etats nationaux de concrétiser** la répression de ces actes.

Le droit international des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'Homme est né après la Seconde guerre mondiale. Il a pris corps avec une série de traités internationaux dont l'objectif est la protection des droits de l'homme. Parmi ces textes, on distingue la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris le 10 décembre 1948. Certes, ce texte n'a pas de valeur juridique contraignante car il n'a jamais été ratifié en droit français ; c'est une déclaration politique à valeur symbolique.

Toutefois, ce texte est la source d'inspiration de l'ensemble des textes supranationaux qui consacrent les droits de l'homme. Ces textes sont à la fois internationaux et continentaux. Ainsi, le 19 décembre 1966, les Nations Unies ont fait adopter deux traités internationaux dans l'objectif de concrétiser les stipulations de la Déclaration universelle : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

A côté de ces instruments littéralement internationaux, il y a des instruments régionaux. En ce qui nous concerne, l'instrument européen est la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950. Les autres continents et groupes de pays se sont progressivement dotés de leurs propres instruments de protection des droits de l'homme (manifestant leur attachement à cette idée universelle mais aussi les besoins spécifiques : ex. en Amérique latine, en raison de l'histoire tourmentée du continent, avec les régimes militaires des années 60, 70, 80, 90 la question des exécutions extra-judiciaires et des disparitions forcées continue d'être d'actualité et de générer de litiges, ce qui n'est pas le cas en Europe, exception faite, peut-être, de l'Espagne). Nous avons ainsi la Convention interaméricaine des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme, la Charte arabe des droits de l'homme.

Ces instruments régionaux sont, par nature, **internationaux**. Par ailleurs, la Cour EDH considère que la Convention EDH relève de l'ordre juridique international et, plus précisément, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Le droit international des droits de l'homme fait partie du droit international public (comme d'ailleurs les droits fondamentaux sont étudiés, en droit interne, dans le cadre du droit constitutionnel).

Deux points doivent être évoqués à propos du droit international des droits de l'homme, créé par ces instruments si précieux :

- Il constitue une étape décisive dans l'évolution du droit international public. Pour la première fois, la personne devient un sujet du droit international.
- Il marque un retour en force des théories du droit naturel, sujet auquel nous allons revenir.

Cette remarque nous donne l'occasion de passer au deuxième point de notre cours, celui relatif aux fondements du Droit.

c. Les fondements du Droit

Le débat sur les fondements du Droit concerne la source du Droit, la source de sa force, de son caractère obligatoire. La question sur ses fondements est, bien entendu, principalement philosophique. Le débat relève principalement de la philosophie du droit et notre prétention n'est pas de procéder à un cours approfondi en cette matière. Néanmoins, la quasi-intégralité des manuels d'introduction au droit consacre des développements relativement courts à la question des fondements du Droit. Nous allons ainsi adopter cette politique.

Les raisons pour lesquelles, il vaut consacrer ces développements à cette problématique, qui paraît parfois trop abstraite et idéologique, sont multiples et leur exposition démontre l'importance du débat dans tous les niveaux.

Il est d'abord important de savoir les grands termes de ce débat pour votre culture juridique. Puis, cette étude nous permettra de dire plus sur la nature même du Droit. Enfin, ce débat a toujours eu et continue d'avoir son impact pratique sur le Droit, sur la manière, plus précisément dont on interprète et dont on applique le Droit. Notre développement présentera les différentes théories et leur importance pratique.

Les théories

Le débat est ancien et n'a jamais été circonscrit dans les milieux juridiques ou philosophiques. Déjà, Sophocle opposait Créon et Antigone : on ne va pas raconter à nouveau cette tragédie hellénique classique mais force est de rappeler que le premier représentait la position selon laquelle seules les lois de la cité font le Droit et doivent être obéies tandis que la seconde considérait que, au-delà des lois de la cité, il y avait les lois coutumières, non écrites qui, pourtant, renfermaient de valeurs inaliénables et qui devaient, le cas échéant, déroger aux premières.

Ces deux pôles traversent le débat sur les fondements du Droit. On a ainsi l'habitude de parler d'opposition classique entre le droit positif et le droit naturel. La présentation des différentes théories sur le fondement du Droit suivra ce schéma sans pour autant s'y limiter : l'évolution de la pensée philosophique et juridique a permis à d'autres théories, qui ne se rattachent ni à l'un ni à l'autre courant, de voir le jour !

Les théories relevant du droit naturel

Le **dénominateur commun** des théories du droit naturel est la conviction de l'existence d'un Droit émanant d'un ordre naturel, préétabli, éternel. Cet ordre naturel peut être divin mais il ne l'est pas forcément ; autrement dit, il n'a pas d'origine divine dans toutes les théories du droit naturel.

Les théories du droit naturel considèrent que la source et la valeur du Droit, tel que l'on le connaît, repose sur son rapprochement, voire sur son assimilation, avec des valeurs et des idées éternelles, comme l'équité, la justice....

Les théories du droit naturel apparaissent depuis l'Antiquité. Elles connaissent un développement considérablement avec les théories du contrat social, ce qui leur vaudra de les placer au centre de nos analyses sur le droit naturel. Ainsi, nous étudierons les théories qui ont précédé celle de contrat social, les théories de contrat social puis les théories jus-naturalistes ultérieures.

Avant les théories du contrat social

Depuis l'Antiquité, l'ensemble des penseurs qui se sont interrogés sur la nature du Droit ont été animés par la conviction selon laquelle le Droit trouve sa source à un ordre naturel, qui préexiste, et dont le Droit, que nous connaissons n'est que l'expression !

Ce postulat de départ est commun malgré les divergences. Telle était la conviction de Platon, qui voyait la loi comme le fruit des sages, des Philosophes, qui faisaient partie de l'élite intellectuelle qui seule devait gouverner. La loi était, dans la mesure du possible, un reflet de l'idée de la Justice, qui existait dans le monde platonique des

idées. Pour Aristote aussi le droit était le fruit d'un idéal, de l'idéal de la Justice que l'Etat devait incarner et concrétiser. Si l'on passe à la période romaine, Cicéron considérait aussi que la loi était le miroir d'une loi naturelle que l'homme pouvait connaître ! Ces penseurs concevaient le droit posé comme une émanation, comme une modification du droit naturel (G. del Vecchio, Philosophie du droit, 2004, Dalloz, ré-éd., p. 55).

Des penseurs ultérieurs ont suivi la même ligne selon laquelle le droit est une expression d'un ordre préexistant, naturel. St Thomas d'Acquin percevait le droit comme une expression du droit naturel, que l'Homme pouvait connaître et qui constituait, lui-même, une transition vers le droit divin, seul droit éternel.

Hugo Grotius, juriste hollandais du 17^{ème} siècle, a libéré le Droit de l'influence théologique, qui était prédominante. D'après lui, le droit exprimait un ordre rationnel, tout aussi préexistant mais il insistait au fait que le droit naturel existerait même si Dieu n'existait pas.

Les théories du contrat social

Les théories du contrat social sont probablement les manifestations les plus connues des théories jus-naturalistes. Elles ont été développées notamment à l'époque des Lumières et ont essayé de renouveler la conception du Droit, à travers une nouvelle perception de la place de l'Homme.

Il y a trois grands philosophes qui ont fait évoluer ces théories : Thomas Hobbes (avec son Léviathan), John Locke, Jean-Jacques Rousseau. Leur postulat de départ et leurs positions philosophiques respectives sont à peu près les mêmes, bien qu'ils se différencient nettement quant aux conclusions qu'ils tirent.

Leur postulat de départ est que l'Homme est par nature libre et doté de droits. Tel est son état de nature. Néanmoins, cet état est potentiellement dangereux pour sa vie, pour ses biens.

Dès lors, par le biais d'un contrat social, les Hommes confient la protection de leur vie et de leurs biens à une entité supérieure. Tel est le fondement du Droit. Encore

faut-il signaler que leurs conclusions sont sensiblement différentes : d'après T. Hobbes, les gens cèdent toutes leurs libertés à une entité supérieure autoritaire, à un Léviathan, qui organise leur vie ; en revanche, selon J. Locke il faut nécessairement un équilibre entre les libertés, qui préexistent et l'organisation juridique, contraignante de la société.

Dans le même ordre d'idées, Jean Jacques Rousseau accepte que l'Homme sorte de son état de liberté qui est son état naturel, pour chercher, par le biais de lois, plus de sécurité pour lui et pour ses biens. D'après Rousseau plus précisément, les lois organisent la protection de l'Homme à partir du moment où elles sont l'expression de la volonté générale.

A côté de ces trois « Pères fondateurs » de la théorie de contrat social, il convient de citer deux encore philosophes qui ont particulièrement influencé la pensée juridique et les grands œuvres juridiques du 18^{ème} et du 19^{ème} siècle, à commencer par la DDHC !!

Il s'agit de Spinoza et de Montesquieu. Leur principal apport a été l'effort de trouver l'équilibre entre les libertés naturelles et le Droit, qui est contraignant, en cherchant à limiter les pouvoirs de l'Etat. D'après eux, le fondement du Droit se trouve sur le respect des libertés naturelles ; en dehors d'un tel respect, le contrat social est rompu et le Droit perd son fondement ! On leur doit, notamment à Montesquieu, le **principe de séparation des pouvoirs !!**

L'ensemble de ces théories sont jus-naturalistes dans le sens où elles placent le fondement du Droit sur une construction purement imaginée, théorique qui se substitue au pur état naturel.

Les théories de contrat social, notamment les théories de Jean-Jacques Rousseau et de Montesquieu ont particulièrement influencé les idées de la Révolution française. Elles ont notamment poussé les rédacteurs de la DDHC à **reconnaitre la loi comme l'expression de la volonté générale + à reconnaitre la vie, la liberté et la propriété comme de droits naturels de l'Homme+ et à consacrer le principe de la séparation des pouvoirs dans l'art. 16 DDHC.**

Nous allons plus parler, par la suite, du miroir pratique de ces théories. Force est pour autant d'observer, d'ores et déjà, que les théories du contrat social et, notamment, les théories rousseauistes ont influencé et continuent d'influencer le droit français. Ils

l'influencent à propos de la place sacrée de la loi, puis à propos du régime particulier de protection de la liberté individuelle et de la propriété privée. Vous allez, en effet, apprendre que, par dérogation au principe de la séparation des pouvoirs, ces deux libertés fondamentales sont toujours **protégées par la justice judiciaire** (d'où la compétence générale du juge de l'exécution, juge du tribunal judiciaire en matière de mesures d'exécution forcée).

Après les théories du contrat social

Progressivement, l'importance, du moins théorique, des théories du contrat social s'est réduite. La fin progressive de ces théories a ouvert la voie à des théories jus-naturalistes plus modernes.

Déjà, Portalis, défenseur de Louis XVI et principal rédacteur du Code civil (!) était particulièrement réservé à cet égard. L'on peut considérer qu'il était attaché à l'idée de l'existence d'un droit naturel, bien entendu (il a d'ailleurs proposé d'inscrire dans un Préambule du Code civil, l'idée selon laquelle la codification reprend des principes et des valeurs que l'on trouve en droit naturel mais Portalis représentait avant tout la continuité que la rupture.

En effet, les critiques des théories du contrat social, qui avait bien entendu une inspiration conservatrice, trouvait en elle un volontarisme et un individualisme très prononcés et elles refusaient d'y voir le fondement du Droit. Ces réactions ont été le prodrome de l'Ecole dite historique du droit.

Concomitamment avec la Révolution française, qui, intellectuellement, fut bâtie sur ces théories des Lumières, nous avons de réactions conservatrices (exprimée par le philosophe E. Burke, qui était anglais) et qui considérait que le fondement du Droit ne pouvait être individuel mais traditionnel, historique. Le fondement du Droit se trouvait alors, encore une fois sur une construction préexistante, quelque peu mythique, difficile à toucher ou à cerner, mais non plus individualiste.

L'Ecole historique du Droit (Carl von Savigny) a davantage développé cette théorie ; d'ailleurs, von Savigny, en tant que ministre de la justice de la Prusse s'est opposée à

la transposition du Code napoléonien de 1804, en prônant le retour au « vrai droit allemand ».

Le philosophe le plus connu qui a dépassé les théories du contrat social a été l'allemand Emmanuel Kant. On dit parfois que, avec Kant, on passe philosophiquement du **droit naturel au droit rationnel**.

D'après Kant, le fondement du Droit ne se trouve pas sur un contrat social (qu'il ne réfute pas radicalement mais qu'il ne considère pas comme un véritable pilier du Droit : d'après lui, même si le contrat social est rompu, à cause d'une gouvernance autoritaire, le devoir d'obéissance existe). Le Droit constitue l'expression (simultanément avec la morale) de **l'autonomie individuelle**. Il guide les actes de l'homme tandis que l'éthique, la morale guide ses motifs.

D'après Kant, l'homme et ses droits préexistent du droit posé. La fonction du Droit est de permettre la coexistence des différentes autonomies individuelles. Son obligation primordiale est ainsi de les préserver, d'être à leur service ; c'est en cela que l'autonomie individuelle est le fondement du Droit.

La violation des libertés individuelles par le Droit va ainsi à l'encontre de sa nature même. A priori, une telle situation aurait pu justifier ce que l'on appellerait aujourd'hui la désobéissance civile.

Malgré cette affirmation, Kant pose des limites très étroites à la désobéissance civile : il faut que le Droit sorte complètement du cadre qui lui confère de la légitimité pour prendre la forme du pur exercice autoritaire de la force !

Les théories de Kant, nous le verrons, imprègnent jusqu'à présent la jurisprudence allemande (notamment la jurisprudence constitutionnelle). Il n'en demeure pas moins qu'elles ont influencé le droit écrit allemand (ex. **le droit de résistance à l'oppression**).

Le déclin des théories du droit naturel

Le progrès du droit positif n'a pas été étranger au progrès des théories du droit naturel. L'œuvre législatif a très souvent été impulsé par les philosophies sur le droit, notamment par les philosophies mettant en avant le droit naturel.

Certes, nous avons vu que les rédacteurs du Code civil n'ont pas accepté la proposition du Portalis d'inscrire dans le Préambule l'idée selon laquelle les principes consacrés sont issus du droit naturel. Il n'en demeure pas moins que les théories prônant le droit naturel ont trouvé leur place dans les textes, comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est certain que, à l'époque, cette Déclaration n'avait pas été conçue comme un texte juridique mais comme un texte politique et symbolique. Toutefois, les grands constitutionnalistes français du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle défendaient la position selon laquelle cette Déclaration mettait en place de lignes directrices, vis-à-vis du législateur. Dès lors, il n'y avait pas lieu de remettre en cause le droit positif qui était d'ailleurs conforme au droit naturel !

Une fois le fruit de ces approches inscrit dans le droit positif c'est comme si ces théories avaient perdu leur raison d'être, elles avaient épuisé leur utilité ! Elles avaient véritablement perdu leur force. L'évolution juridique, l'évolution historique, la paix durable en Europe entre les guerres napoléoniennes et la Première guerre mondiale, ont contribué à un renforcement de l'attachement au droit positif.

Encore faut-il prendre en compte le développement des sciences comme la biologie (avec Darwin) ou même la sociologie qui ont privilégié l'étude du fait, du réel, qu'elles ont placé au cœur de leur intérêt et du discours scientifique.

Dans un tel cadre, il était difficile pour les théories du droit naturel à résister. Même si de grands juristes, français, de cette période, François Gény, continuait de défendre l'existence d'un droit immuable que l'on doit respecter à tout instant et dont on doit s'inspirer pour interpréter le droit positif.

Le renouveau des théories du droit naturel

Cette montée en importance du droit positif et le déclin du droit naturel ont eu un résultat inéluctable : toute règle, formellement et régulièrement adoptée, était considérée comme juste, uniquement parce qu'elle était formellement valide.

Les excès auxquels peut conduire cet attachement sont évidents. De juristes, comme Carl Schmitt, Professeur de droit allemand, a défendu les régimes fascistes et nazis. Sans fonder cette défense sur le positivisme, il attribuait à l'Etat la tâche d'incarner même le droit et la constitution ! Il n'y avait pas lieu de s'inspirer des idées et des valeurs extérieures au droit positif et à son incarnation, l'Etat. En effet, sous l'influence des théories de droit positif, et avec les théories de droit naturel sous pression, le droit positif devenait quelque chose de sacré !

La barbarie nazie, et la Seconde guerre mondiale ont provoqué, dans le monde juridique occidental, une révolution silencieuse contre les excès du positivisme, de cette évacuation de toute question d'éthique et de valeurs du débat juridique.

Après la Seconde guerre mondiale, force est de remarquer que les théories du droit naturel sont revenues en force. Leur renforcement s'est exprimé par un renforcement de l'individualisme, de la conviction que les personnes ont des droits naturels, indépendants de la structure étatique. Ce renforcement des théories individualistes, attribuant des droits naturels aux êtres humains s'est concrétisé aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, comme la Déclaration universelle des droits de l'homme ou la Convention européenne des droits de l'homme. D'ailleurs, les manuels d'introduction générale au droit insistent sur le fait que cette Convention (et la jurisprudence de la Cour) incarnent une idéologie jus-naturaliste.

Les théories relevant du droit positif

Le trait essentiel du positivisme est de « tourner le dos à l'antérieur » (C. Attias, Philosophie du droit, 2016, PUF, 4^{ème} éd., p. 48) et de considérer le Droit comme un phénomène « qui s'observe » (ibid, p. 49). Le fondement du Droit ne se trouve plus dans quelque chose d'imaginaire et de pré-existant, voire d'éternel mais dans un fait ou dans un autre phénomène social, que l'on peut toucher ou observer. Plusieurs tendances philosophiques peuvent s'inscrire au cadre plus général du positivisme.

Le positivisme juridique

Dans la philosophie du droit, le positivisme juridique (normativisme) est le courant positiviste le plus connu (et, éventuellement, le plus influent). Son représentant le plus célèbre était Hans Kelsen.

Dans son œuvre *La théorie pure du Droit*, H. Kelsen défend l'idée selon laquelle le seul fondement du Droit se trouve sur le Droit lui-même ; autrement dit, toute norme juridique fonde sa force sur une norme juridique supérieure (d'où la nécessité de développer la fameuse image pyramidale de l'ordre juridique, qui est, peut-être, l'héritage le plus précieux de H. Kelsen). Enfin, toute cette construction repose sur une norme fondamentale, qui permet aux autres d'exister comme normes juridiques. Les commentateurs critiquent cette approche (C. Attias, *Philosophie du droit*, 2016, Dalloz, 4^{ème} éd., p. 51), en rappelant que la Norme fondamentale est hypothétique et que, *in fine*, la force obligatoire du Droit reste ainsi injustifiée et inexplicée.

A côté de H. Kelsen, d'autres grands juristes ont développé une théorie qui se voulait radicalement positiviste. C'était le cas de Raymond Carré de Malberg (Professeur français). D'après R. Carré de Malberg, la force du Droit est consubstantielle à l'Etat. La construction de l'Etat est, selon lui, un **fait juridique capital**.

L'Etat s'auto- limite par le Droit. R. Carré de Malberg note dans l'avant propos de sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (t. I, 1920, éd. CNRS) que « l'Etat, s'il a bien le pouvoir d'imposer la volonté générale à chaque membre particulier de la nation, ne saurait prétendre imposer à l'ensemble de ses nationaux une volonté qui serait autre que celle de cet ensemble lui-même ».

Pourquoi cette auto- limitation ? Sa source se trouve à la nature, à la notion même de l'Etat, qui selon Carré de Malberg, est la personnification de la Nation (opus cit., p. 9).

A cette imbrication complexe entre l'Etat et le Droit, on voit les influences croisées française et allemande. Il ne se libère pas complètement des enseignements rousseauistes sur le contrat social. Pour lui, l'Etat personnifie la nation, la souveraineté nationale. La pensée juridique allemande, pour autant, (Jellinek) accorde plus d'importance à la souveraineté étatique.

D'autres théoriciens du droit, qui se considéraient positivistes, ont élaboré l'idée selon laquelle le fondement du Droit se trouve à l'Etat. C'était le cas de Maurice Hauriou,

professeur de droit privé à Toulouse. Celui-ci concevait également l'Etat comme seule source du Droit. Lui aussi il était partisan de la limitation de l'Etat. Néanmoins, il fondait cette limitation non pas sur la souveraineté nationale mais sur les **institutions**.

Le positivisme sociologique

Le positivisme sociologique cherche le fondement du Droit non pas sur le Droit lui-même mais sur un phénomène social. Le développement du positivisme sociologique est l'œuvre d'Auguste Comte et d'Emile Durkheim.

Même si leurs théories ne sont pas identiques, elles ont en commun de considérer qu'une forme de conscience sociale, collective ou individuelle, est aux origines du Droit. Les théories sociologiques ont influencé des juristes, comme Léon Duguit, grand professeur de droit public à l'Université de Bordeaux. Celui-ci pensait que la source du Droit était la masse des consciences collectives, qui limite l'Etat et qui lui confère son rôle intrinsèquement social.

Les autres philosophies

Les philosophies du droit positif et du droit naturel ne constituent pas une *summa divisio* des positions philosophiques sur la force du Droit. Autrement dit, toutes les théories ne se rattachent pas nécessairement et nettement à l'une de ces deux principaux courants. Sans développer une théorie éclectique, il développait leur propre conception sur le Droit, à partir parfois de leurs convictions sur l'économie, la société, l'Etat.

A cet égard, on peut citer Carl Schmitt, grand théoricien du droit et de l'Etat mais proche des nazis (ce qui lui a valu son exclusion de ses fonctions universitaires après la Victoire de 1945). Celui-ci a donné une forme quasi-sacrée à l'Etat, en considérant que l'Etat et le Droit sont consubstantiels et que le Droit a sa source à l'Etat. Il était un grand théoricien de la raison d'Etat ; ses commentateurs le rattachent principalement aux théories du droit naturel (en le plaçant parfois à côté de Machiavelli et de Hobbes, en tant que théoriciens de l'autoritarisme).

Une approche théorique importante sur le Droit a été l'approche communiste. Cette approche, certes, n'est pas positiviste au sens strict du terme mais elle considère que le fondement du Droit ne se trouve pas dans la nature mais dans les rapports sociaux.

Contrairement aux grands penseurs sociologiques, elle ne voit pas les rapports sociaux d'une manière statique mais dynamique. Elle place au cœur de l'évolution sociale la lutte des classes qui crée à chaque période historique un certain rapport de force entre la classe dominante et la classe dominée.

Le Droit et l'Etat ne sont que le réceptacle formel de ce rapport de force. Certes, tous les éléments idéologiques etc non économiques reflètent ce rapport de force mais le Droit dispose d'une place spécifique car il est obligatoire, il crée lui-même une certaine réalité, il est proche de la base économique de la société.

Simultanément avec l'expansion de la pensée dite néolibérale en économie, dont le laboratoire intellectuel a été l'Ecole de Chicago et le Pr. Milton Friedmann (tandis que le laboratoire intellectuel a été le Chili du dictateur Pinochet), il y a eu la montée en importance de l'analyse économique du Droit, selon laquelle son fondement se trouve sur son efficacité économique.

Il y a également d'autres théories que l'on ne peut pas nécessairement attribuer au jus-positivisme mais qui se présentent comme une réaction à la réapparition des grands idéaux en Droit, phénomène très marqué après la Seconde guerre mondiale. Tel est le cas du réalisme.

Même si ses spécialistes distinguent deux écoles réalistes, l'une américaine et l'autre scandinave, un trait que l'on peut considérer commun à cette théorie est d'être, in globo, une théorie critique du Droit. Elle essaie d'évincer les grands concepts théoriques, en considérant que les règles du droit abstraites sont pourvues de caractère déontologiques mais dépourvues de caractère ontologique. En somme, le Droit, tel qu'il s'applique, serait dépourvu de caractère déontologique et seul compterait la rationalité du juge !

Le miroir pratique des positions philosophiques

Si l'on vient à la période moderne, le débat n'a pas cessé. Certes, en dehors de la philosophie du droit, le débat ne s'exprime pas de manière animée et directe. Néanmoins, la plupart de juristes ont leur point de vue sur le fondement du droit et continuent à être divisés entre positivistes et partisans du droit naturel.

Le débat est très animé, notamment en droit public ou en droit fondamentaux. Certes, dans la pratique courante ou dans l'enseignement, leurs convictions ne s'expriment pas nécessairement de manière directe ou comme un attachement absolu à telle ou telle philosophie. Pour autant, les positivistes insistent sur la nécessité d'une lecture et d'une application rigoureuse du droit, qui ne tiendra compte que des éléments juridiques. Le droit positif saisit le droit naturel mais le droit naturel ne saisit pas le droit positif ! Ce qui croient toujours à un idéal de justice universelle, considèrent que l'application du droit doit tenir compte d'éléments extra-juridiques, moraux, devant lequel une lecture rigoureuse doit régresser.

Il est très intéressant de donner des exemples. L'attachement au positivisme juridique s'exprime aisément. Le juriste positiviste croit en la primauté absolue du droit posé/tangible/positif, il en revendique l'application. Certes, selon que l'on adopte un courant ou un autre, les modalités de cette revendication peuvent différer. A titre d'exemple, un juge qui adhère à l'analyse économique du Droit sera nécessairement plus enclin à mesurer à l'aune de l'efficacité économique ses décisions et la manière dont il applique le Droit. Cela lui vaudra forcément de critiques de juger quelque peu en opportunité mais il y a des biais, issus du droit positif (comme les principes généraux du droit) qui lui permettent de rendre la décision qu'il souhaite sans la colorer ! Il n'en demeure pas moins que le point de départ est toujours le même, à savoir le respect du droit positif.

La difficulté se pose notamment à propos des théories du droit naturel : comment s'exprime l'attachement à ces théories ? Autrement dit, quelle est l'influence des théories du droit naturel sur notre droit positif ?

Certes, des règles du droit positif sont directement inspirées du droit naturel : l'art. 6 DDHC nous dit que « la loi est l'expression de la volonté générale ». Cette qualification résulte directement de la pensée de Rousseau sur le contrat social. Toutefois, une fois le droit naturel incorporé dans le droit positif, quelle est la marge laissée au premier d'influencer l'application du droit ?

- Parfois, le droit naturel est **directement évoqué** d'une manière ou d'une autre.

La Cour de cassation avait considéré, p. ex. que les droits de la défense font partie du « droit naturel » du procès civil (arrêt du 7 mai 1828). Les grands maîtres de la procédure civile, comme Henry Motulsky, avaient soutenu que la procédure civile, surtout l'organisation de la défense, était imprégnée par les règles du droit naturel.

Plus tard, la Cour de cassation a affirmé que la protection des droits de la défense constitue un principe constitutionnellement consacré (Cass., Ass. plén., 30 mai 1995). Selon la doctrine, au fond, « le vocabulaire s'est modernisé, mais rien n'a changé » (P. Malaurie, L. Aynès, Introduction au droit, LGDJ, 2020, 8^{ème} éd., coll. Droit civil, p. 66).

Néanmoins, même cette évolution terminologique doit être signalée ; elle n'est pas sans portée. Rares sont les références jurisprudentielles récentes au droit naturel. Il n'en demeure pas moins que, dans l'application du Droit, l'on peut souvent retrouver les traces du droit naturel !

- Parfois, le droit naturel s'invite de manière **indirecte mais prononcée** à l'application du droit positif.

En droit français, on peut citer une insistance doctrinale sur ce que l'on appelle la définition matérielle des droits fondamentaux. Cette définition réfute la hiérarchisation des droits sur le fondement de la valeur purement juridique des textes qui les consacrent. Elle considère que la valeur juridique de chaque droit individuel dépend de l'importance (humaine et sociale) de la valeur qu'il exprime, donc de quelque chose d'extra-juridique, de quelque chose d'imaginé (en grande partie). Or, en refusant une catégorisation des droits individuels qui serait corrélée à la valeur juridique des textes, cette théorie admet implicitement que des considérations extra-juridiques l'emportent sur des considérations de nature purement juridique.

Cette position, selon laquelle on peut apprécier l'importance d'un droit subjectif non pas par référence à la valeur juridique du texte qui le consacre mais par référence à des éléments extra-juridiques comme la tradition, ou les convictions sociales, n'a pas de caractère purement théorique ; elle peut se retrouver dans la jurisprudence.

ex. le Conseil d'Etat rappelle l'importance primordiale de l'indisponibilité du corps humain en droit français et en tire les conséquences (en refusant, implicitement, de la mettre en balance avec d'autres droits). Pourtant, l'indisponibilité du corps humain est inscrite dans l'art. 16 du Code civil et n'a, juridiquement, qu'une valeur légale. Même si l'on peut considérer qu'elle dispose indirectement d'une assise constitutionnelle (car elle est rattachable à la dignité humaine), elle n'a pas une valeur supérieure à celle du droit qui était également en question (le droit à la vie privée et le droit de connaître ses origines).

Puis, cette position n'est absolument pas typiquement française. Dans plusieurs pays, on voit des approches concrètes, même jurisprudentielles, qui appliquent le Droit d'une manière clairement inspirées des théories du droit naturel. On voit des Cours constitutionnelles décider que tel droit est plus important que d'autre alors qu'ils sont consacrés par le même texte (ou par de textes ayant une valeur juridique similaire).

Il y a également de réactions théoriques à l'interprétation positiviste des normes, qui veut que, p. ex. en cas de conflit entre droits fondamentaux à valeur juridique égale (constitutionnelle), il faut appliquer le principe de proportionnalité pour assurer le juste équilibre. D'après ces critiques, il ne faut pas s'en remettre à cette technique, qui enlève au droit en jeu sa nature mais établir une hiérarchie en fonction de critères moraux etc... (ex. S. Tsakyrakis, An assault on human rights= Les droits de l'homme pris d'assaut ?, International Journal of constitutional law, 2009, p. 468-493).

Pour mieux comprendre combien les théories susmentionnées exercent une influence concrète sur la manière d'interpréter et d'appliquer le droit moderne, il convient d'observer que, sous l'emprise de la pensée de Hans Kelsen, cette approche matérielle des droits fondamentaux est purement et simplement absente du **droit autrichien** : seule est admise l'approche formelle, d'après laquelle la valeur des droits individuels est indissolublement liée à la valeur juridique des textes qui les consacrent.

En droit allemand, on peut sans doute s'attarder sur l'exemple du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, sachant que ses prises de position, notamment en matière de droits de l'homme influent sur la jurisprudence européenne.

De manière générale, l'on peut observer que, après la Seconde guerre mondiale, le droit allemand, dans son ensemble, a fait un virage, radical, vers le droit naturel, comme une forme de réaction spontanée contre les excès et les atrocités du nazisme.

L'on peut trouver des exemples concrets de référence directe aux principes naturels, qui fondaient parfois de décisions de tribunaux. Néanmoins, les exemples les plus marquants sont sans doute issus de la jurisprudence constitutionnelle.

A bien y regarder, le philosophe qui a le plus inspiré le Tribunal constitutionnel fédéral est E. Kant et ses théories sur le droit rationnel, fruit des volontés individuelles et pilier de leur coexistence.

Le Tribunal considère depuis longtemps que la Loi fondamentale, notamment les dispositions sur les droits fondamentaux, établit un « **ordre objectif de valeurs** ». Le fait de considérer que la Loi fondamentale établit un ordre objectif de valeurs évoque les idées kantienne. L'impact d'une telle théorie a été important :

- sur l'effet vis-à-vis de tiers des droits fondamentaux (car, en tant que piliers de cet ordre de valeurs, ils imprègnent toutes les relations sociales et ils s'appliquent dans les relations purement privées, Luth c. Harlan)
- sur les libertés politiques. Sur ce fondement, le Tribunal a considéré que seuls les parties politiques qui promeuvent/qui sont fidèles aux valeurs renfermées dans les dispositions constitutionnelles disposent de la liberté de leur action politique. Sur cette base, le Tribunal a interdit l'action non seulement du parti nazi mais aussi du Parti communiste après la Seconde guerre mondiale.

La CEDH suit cette théorie. Elle considère que la Convention/les stipulations évoquant la « société démocratique » établissent sans le dire un devoir de respect et de protection non seulement du pluralisme politique mais aussi un devoir d'attachement, d'adhésion même à une certaine idéologie (libérale), de tolérance et d'ouverture.

Le débat théorique n'est toujours pas clos ; en même temps, les différentes positions coexistent dans la jurisprudence. Ce serait ainsi au moins prétentieux de tenter d'y répondre de manière ferme, d'autant plus que cette approche philosophique n'est pas au cœur de nos développements.

Ce qui est au cœur de nos développements c'est l'approfondissement sur les caractéristiques essentielles du Droit, révélées par sa définition, ce qui nous permettra d'aller plus loin sur sa nature et ses limites.