**Philosophie du droit**

* Problèmes économiques contemporains

Le fait est la réponse que donne la nature à une question posée.

Le droit :

-           repose sur des méthodes scientifiques

-          repose sur des jugements de valeurs

-          N’interprète pas la nature comme la physique

-          Ratifie des valeurs qu’il reçoit

-          Son objet n’est pas pur, il regarde les conséquences des faits.

Proposition    Opposition

Projet Gouvernement

Le philosophe ne regarde pas le droit mais la qualification de droit, connaitre les philosophies qui l’on conditionnée.

Le problème est ce que l’on a hors de soi.

L’Etat despotique est celui qui abandonne les mœurs à elles-mêmes.

Définition du terme « problème »: Un problème (du grec problema qui signifie « ce qui s'impose devant moi et qui viens de l'extérieur) nécessite, pour être résolu ou éclairci, la recherche scientifique (objective) par la vérification factuelle (ou empirique) en opposition à la croyance subjective qui n'est ni factuelle ni vérifiée scientifiquement. La résolution d'un problème implique l'étude du fait. L'étude des faits (donc des problèmes) écarte toute croyance (préjugé) et se base sur la vérification empirique, c'est à dire la vérification par l'expérience.

On a donc ici une première distinction, celle de l'étude de la réalité face à la croyance. L'étude de la réalité comme on l'a dit, implique une démarche scientifique de vérification factuelle constante par l'expérience empirique. La croyance est une représentation du réel qui repose sur des axiomes, des vérités non éprouvées, considérées comme tout à fait vraies sans pour autant qu'un processus scientifique ai démontré leur caractère absolument véridique.

Premier élément de comparaison donc : la démarche scientifique permet d'établir une vérité fiable (ou plutôt, peut-être, une représentation du réel qui repose sur des connaissances éprouvées) la croyance elle repose sur des préjugés.

Pourtant, la croyance, si elle peut sembler stupide à côté de la réalité scientifique, est absolument nécessaire, vitale. Cette nécessité est pratique. Il est en effet tout à fait vital que je puisse par exemple démarrer ma voiture tous les matins en présupposant que celle-ci va fonctionner sans effectuer une étude scientifique de l'état mécanique de mon véhicule à chaque fois. Le préjugé selon lequel ma voiture va démarrer est parfois erroné (panne) mais indispensable. En d'autre terme, toujours tout vérifier avant d'agir serait bien trop chronophage. Il faut une part de présupposé. Par contre, la croyance poussée à son extrême, c'est à dire qui n'autorise aucune remise en question, aucun recul critique, devient superstition et c'est à ce moment-là qu'il y a danger car la capacité à avoir un recul critique est une condition sine qua non de l'exercice de toute liberté.

Rappelons, pour conclure sur cette distinction réalité scientifique/croyance que celui qui sait (l'éclairé, le sachant en terme juridique) ne dois à aucun moment méprisé l'ignorant (ou plutôt celui dont le mode de vie est tout à fait basé sur des croyances, des mécaniques préconstruites. En effet, comme on l'a dit ce mécanisme est vital mais aussi naturel (principe de l'homéostasie que l'on trouve chez tout être vivant et qui consiste en l'instauration d'une stabilité physique et psychologique) mais également très encouragé par notre mode de vie (divertissement de masse, caractère symétrique des médias peut être). Il est aujourd'hui très difficile de passer outre certaines croyances et constantes de notre mode de vie (culture libérale occidentale moderne).

L'objectif du cours est de permettre l'étude de faits, extérieurs à « je ». Interpréter le réel par des faits, jamais par des croyances ce qui nécessite de s'extirper de soi pour s'éloigner de tous nos présupposés relatifs à tel ou tel problème. Cela étant dit, cette idée d'annihilation du « je » ne reste qu'un idéal puisque nous pensons à un fait avant de le voir établi, nous avons des attentes quand nous menons des expériences. Le fait scientifique reste une question de point de vue. Peut-être un même phénomène n'aura-t-il pas les mêmes conséquences premières aux yeux d'un sociologue et d'un économiste par exemple. Mais le fait stricto sensu doit être vrai à 100% et ce malgré les variantes de point de vue qu'il peut entraîner.

Notons, à propos de ce problème du point de vue du chercheur, que dans la recherche, la question oriente la réponse. Poser la mauvaise question permet d'éviter telle ou telle réponse. Limiter les réponses possibles à X options permet également d'orienter l'enquête. C'est pourquoi certains QCM donnent des résultats tous à fait erroné. Cela peut-être involontaire, une erreur dans la démarche scientifique (qui donc n'en est pas vraiment une) ou bien un moyen délibérer de faire dire au monde ce qu'il ne dit pas.

C'est notamment le cas dans les sciences humaines dont les résultats sont orientés par les valeurs et ne peuvent déboucher sur des vérités absolues. On distingue sur ce point les sciences empiriques et les sciences absolues quant à la possibilité d'avoir des réponses factuelles absolues. L'étude d'un problème de physique (science absolue et empirique) est plus stricte que l'étude d'un problème de philosophie (science humaine) par exemple.

On peut donc distinguer croyances, faits établis par la science stricte et faits établis par la science humaine tous étant sur différent plan de réalités mais tous étant indispensable au plein épanouissement de l'espèce humaine.

Le droit, lui, s'il est scientifique, n'en reste pas moins culturel. Il nécessite une démarche scientifique (mise à l'épreuve des théories) mais n'en reste pas moins une science humaine aux résultats contingents. Il ajoute à la nature un « devoir être », c'est à dire des valeurs. En effet, la nature en elle-même n'a pas de valeur (sauf si l'on en croît la théorie platonicienne où le Bien est une Idée déjà présente en nous par le biais de la nature), c'est pourquoi on ne peut parler du droit comme une science stricte mais plutôt comme une science humaine. Cependant, le droit ne crée pas les valeurs. Il ratifie des valeurs dont il ne décide pas, qu'il reçoit de l'autre, de la société, de la culture, de l'évolution des mœurs. Le droit ne fait qu'officialiser via son autorité, des valeurs en tant que « devoir être » et permet de les imposer par la force légitime qui découle de l'État.

Il faut donc aller plus loin et remonter aux sources même du droit. En effet, le juriste se superpose à celui qui observe les sciences humaines. Le juriste doit qualifier, donner un nom juridique aux faits, au réel, pour les normativiser (← ce mot est totalement inconnu dans la langue française) selon les valeurs de la vie civile. Le philosophe s'intéresse aux causes du droit plus qu’aux droits lui-même. Il s'interroge aux valeurs qui sont à l'origine des qualifications juridiques.

En somme, la loi n'est qu'une réaction à l'apparition d'une nouvelle valeur. Étudier un problème juridique c'est autant s'intéresser à l'action (la valeur) qui entraîne cette réaction (la règle) selon une démarche scientifique (rigueur et expérimentation au-delà des préjugés).

3 étapes de la démarche du cours : 3 étapes, composantes des problèmes qui vont nous intéresser.

Le fait social établit par la vérité scientifique + qualification juridique du juriste (ou plutôt du législateur) + interrogation philosophique (la philosophie étant la matière qui cherche à rendre raison, c'est à dire à déterminer les causes) des sources de ces qualifications juridiques

Note : A la différence des grandes écoles, l'université doit permettre la remise en cause de la société. D'où l'intérêt pour l'étudiant d'accorder un prima à l'ouverture d'esprit et à l'enthousiasme sur le strict apprentissage d'un morbide programme scolaire.

Voilà pour l'esprit du cours.

Examen : 1h à l'écrit (question de cour). Le plan et la méthodologie n'étant pas une fin en soi (comme c'est le cas dans les autres matières) mais un outil au service de la lisibilité d'un contenu, d'un raisonnement cohérent pour régler un problème.

A propos de certains termes clés :

Objectif et problème ont une même signification stricte (puisqu'une même racine étymologique, l'un en grec l'autre en latin): c'est ce qui est étendu devant moi.

Subjectif : ce qui s'étale à partir de moi, en moi

Le mot « problématique » : une problématique est une dualité de sens opposés ou contraires. Une problématique ouvre à deux interprétations qu'il faut analyser en indiquant celle qui est préférable.

La problématique n'est pas un problème.

Note perso : Si j'en crois cette définition, ce que l'on appelle « problématique » dans une rédaction n'est en fait qu'un simple problème.

Le rôle du droit est de nommer, de qualifier. Nommer et qualifier permet de gérer. De sorte que le droit ne nomme pas les mœurs, dans la Constitution on ne fait pas de liste des mœurs en question que le droit doit protéger, car les nommer, les qualifier juridiquement serait les contrôler. L’État protège le droit à condition de ne pas lui faire jouer un rôle despotique où il s'appliquerait aux mœurs qu'il est censé protéger. C'est ce qui se passe avec Antigone.

**Partie 1 : Dans le champ proprement juridique**

Avant-propos : L'enseignement du droit en France est dogmatique. C'est à dire qu'on ne nous apprend que certaines définitions possibles qui sont pré-admises, qui sont celles acceptées par une certaine culture, un certain groupe, en l'occurrence, celui du droit français ou de l'enseignement universitaire juridique français. Chaque mot a une définition qui est imposée à l'étudiant comme juste, comme vrai. Il ne faut donc jamais oublier que c'est « un » droit possible qui est celui appliqué en France.

La philosophie cherche à avoir une approche plus dialectique, c'est à dire qui écarte cette préadmission de définitions juridiques pour avoir un recul critique et étudier les problématiques relatives à certains concepts : le caractère ambiguë de notions qui est, dans les autres cours, souvent supprimé.

La philosophie va en amont du droit français. Avant qu'il y ait un droit français, il y a d'autres droits qui proposent des définitions différentes parce qu'ils reposent sur des cultures différentes. Il faut, partant d'une chose donnée telle quelle (c'est à dire donnée selon une définition pré-faite, admise) apprendre à la décortiquer, à l'analyser (décomposer) pour observer les composants et ensuite les réassembler (synthèse).

En bref : L'enseignement actuel inculque à l'étudiant des concepts qui sont auto-proclamés comme les bons concepts juridiques. L'étudiant éclairé doit avoir un recul critique par rapport à ces concepts, il doit donc être capable de les remettre en cause et d'envisager d’autres solutions possibles.

Prenons l'exemple du processus de qualification des faits sociaux par le droit. Le juriste n'étant pas sociologue, il présume que le fait qui lui est transmis par le sociologue est le bon. Il qualifie la plupart du temps une donnée, un fait, qu'il n'a pas lui-même démontré. La qualification juridique doit coller à une réalité sociale démontrée scientifiquement par les personnes compétentes.

Cela étant dit, il est tout à fait possible que le juriste puisse participer à la fois à la qualification juridique d'un fait mais aussi à la démonstration d'un fait de la société civile. De plus, l'établissement d'un fait social par la recherche scientifique subit lui aussi en amont des enjeux qui sont idéologiques et philosophiques. De sorte que la recherche sociologique peut être affectée par des enjeux, donc faussée et par un jeu de renvoi, le droit va chercher à qualifier un fait social qui n'existe pas.

On voit bien que les lois, donc les qualifications juridiques de faits sociaux, sont affectées par les enjeux politiques (en admettant que la loi soit vraiment faite par le législateur ce qui n'est même plus le cas avec l'importance des projets de lois gouvernementaux, encore plus affectés par des intérêts ainsi que l'intervention de laboratoires privés). Le droit peut donc être faussé. Mais en amont le fait social que l'on cherche à qualifier sera lui aussi faussé parce qu'établi par des acteurs intéresses ou aux méthodes inefficaces.

Il faut donc mettre une distance avec l'étude du droit en tant qu'elle fait avaler des concepts qui ne sont pas nécessairement justes.

Il y a là indirectement, un élément important dans la valeur de la jurisprudence, le juge devant en effet rectifier la loi en fonction de la règle de droit dont le législateur est censé s'être inspiré. Grotius dit « la loi c'est la mère, la règle de droit c'est la grand-mère ». La loi serait donc une « officialisation » de la règle de droit mais cette étape de rédaction de la règle peut l'affecter. Le juge doit alors garder à l'esprit de la règle de droit plutôt que de strictement appliquer la loi qui peut être moins efficace dans la résolution du problème qui lui est soumis.

Il arrive par exemple que le pouvoir législateur dérive, quitte son rôle et prenne des lois injustes. C'est le cas avec les projets de lois (au sens commun, c'est à dire que le problème a été envisagé) relatifs à la récidive. En effet, le droit ne se préoccupe que de l'acte, jamais de la personne. Donc, il est inacceptable que le récidiviste soit sanctionné plus durement que celui qui ne l'est pas. La responsabilité ne se préoccupe que de l'acte et, de plus, de l'acte d'un homme libre. La personne ne doit pas être jugée par le droit, seul l'acte, si la personne est libre (si la personne n'est pas libre, elle ne doit pas être jugée par le droit du tout, ni elle ni son acte). Aligner le responsable sur l'irresponsable, juger la personne au lieu de l'acte, ce n'est pas du droit.

L'acteur scientifique, qu'il soit juriste ou expert, doit mettre de côté toute opinion, toute pression où intérêt pour se consacrer au fait, à la résolution scientifique optimale d'un problème donné.

1) La distinction de deux sens du mot « droit »

Intéressons-nous au premier des mots : La distinction des deux sens du mot « droit » (problématisation donc puisque deux sens possibles). En Espagne, le terme derecho ou droit est utilisé. Mais en Italie par exemple ou encore en Allemagne et en Angleterre, on utilise le terme jurisprudenza (en italien) ou law en Anglais. Dans ces derniers pays, le droit est doctrinal, autrement dit commun (coutumier). Mais en France et en Espagne, le droit n'est pas doctrinal, il est législatif, donc politisé.

Dans le cas de la jurisprudenza, celle-ci est issue de la culture commune. Il y a donc au moins deux droits différents, deux cultures avec des approches différentes que l'on perçoit sur certains concepts juridiques comme celui de la responsabilité par exemple. La responsabilité en France est subjective, en Angleterre elle est objective. C'est à dire qu'en France, être responsable d'un accident ne signifie pas simplement que l'on a accidenté autrui mais plutôt que l'on a accidenté autrui dans des conditions telles qu'on l'a plus ou moins fait exprès, c'est à dire qu'on a choisi de mettre la personne en danger. C'est le comportement du sujet qui le rend responsable. En Angleterre, c'est l'évènement, le fait, la réalité extérieure au sujet qui suffit à le rendre responsable.

On retient donc du droit deux sens : Un sens initial qui est celui qui est le produit en Europe de la colonisation du code Napoléon (Code civil) et qui signifie la conformité d'un comportement subjectif à une loi ou à une règle. Il remonte au latin « le comportement droit », le recte factum, c'est le fait conforme (note : conforme-droit). Cela, c'est le sens sémantique qui vise une conduite subjective conforme à un modèle qui sert de référence, de « grand sujet », émis par le législateur qui produit des modèles de conduites pour les « petits sujets », les justiciables.

A noter que la société, l'histoire, donne un sens au mot qui n'est pas le bon. C'est le cas quand on parle du droit ou de la loi américaine, anglaise, allemande puisque justement, ces pays n'ont pas de « loi » au sens où on l'entend chez nous, mais sont régis par la règle du précédent. De sorte que notre culture nous fait voir, à travers le prisme de nos coutumes, des choses qui ne sont pas.

Cf. l'introduction de « Introduction au droit pour une approche éthique » de Xavier Labbée à propos des différents sens des termes « droit », « règle », « juste » etc.

De même la règle est une norme causale (cause-conséquence) qui doit établir une régula, un principe de justice, de régularité, d'égalité. La jurisprudence c'est le fait d'avoir la vertu de prudence qui permet de discerner ce qui est ou non juste dans la juris, la jus.

Il faut donc distinguer un droit politique (loi) et un droit juridique/judiciaire qui serait indépendant du droit politisé (la juris dictio). Cette distinction existe dans l'ensemble des pays non français mais pas en France. En France, cette distinction n'est pas aussi évidente.

Finalement, beaucoup de choses tiennent à ce seul mot « droit » et à sa définition. Le juriste, reçoit une qualification des faits de la part des experts et il y appose une qualification juridique qui implique des présupposés philosophiques et idéologiques. Il faut donc regarder les éléments plus philosophiques dans un 3 Emme degré d'analyse. La qualification du terme « droit » est déjà un de ces éléments puisque ce mot peut être utilisé par deux philosophies différentes.

On peut donc distinguer et ainsi montrer qu'il y a exclusion de ces deux sens et contradiction. Le premier sens est celui du recte factum c'est à dire le fait humain qui est droit par rapport à une loi. D'où l'idée de conformité. C'est ce sens qu'on retrouve en Grèce par l'usage du mot « temis » qui signifie poser, établir. Un modèle est établi par un référent (le législateur) et les sujets doivent s'y référer. Cette définition suppose un législateur et des gens qui lui sont soumis par la conformité de leur comportement. Le droit est alors des prescriptions comportementales. C'est cette définition qui est enseignée en France avec le droit objectif et les droits subjectifs. Le droit objectif est celui qui s'impose et le droit subjectif est celui des pouvoirs d'un tel, des pouvoirs subjectifs entre « je » et autrui. Cela suppose une dualité des sources du droit, le droit de l'individu (subjectif) et celui du législateur (objectif).

Tout ceci vient d'une certaine philosophie, celle de l'idéalisme (=/= du réalisme) qui suppose toute une conception de l'être, de l'identité de l'être et qui ramène tout à la puissance des idées. La vérité serait alors dans notre esprit, préconstituée et pas dans le monde extérieur. L'idéalisme enseigne donc la primauté de l'intelligence de l'esprit qui serait le législateur en cela que le législateur ne tire pas la justice du monde mais l'introduit dans le monde. Ce mouvement est apparu avec les stoïciens (4eme av. J.C) puis chez les romains à travers Cicéron 3siècles plus tard. Cette conception ne va entrer dans la culture qu'à la fin de l'Empire Romain. Cet idéalisme sera repris avec les mouvements cartésien, kantien et des lumières.

Au plan du droit positif, on peut constater que les pays qui se sont ralliés à cette exception du mot droit, c'est essentiellement la France.

L'autre sens, plus classique, est paradoxalement conservé dans les pays germaniques, anglo-saxons et méditerranéens et ce sens exclus l'origine législative du droit. Le droit devient jurisprudence c'est à dire recherche prudente de ce qui est juste, de l'égalité principalement par le juge, (celui-ci étant chargé de qualifier le fait social qui lui provient de la société civile à l'aide du travail des experts et de ses prédécesseurs).

Le droit international par contre est l'œuvre de ce mouvement de l'idéalisme stoïcien, (c'est à dire qu'il est « à la française », fait par un législateur). Il ne faut donc pas s'étonner qu'au 16-17eme, le droit international concerne avant tout ceux qui n'ont pas la nationalité du pays où ils se trouvent. Pour ceux-là, le droit provenait des lois dès l'époque de Rome et cette idée est reprise dans le droit international puis même en droit interne en France.

Pour l'autre sens (utilisé en Angleterre etc.) provient du mot latin jus (ce qui est juste) qui a formé le mot jurisprudenzia qui est la science de ce qui est juste. Ce langage à l'inverse du précédent est plus à l'indicatif qu'à l'impératif. Car le juste ne se prescrit pas, il se constate. Le juste est une égalité entre deux éléments, une égalité d'équilibre, mesurée qui indique la conduite préférable.

Un premier sens subjectif impose comme en France l'idée de conformité. Le mot droit tient à un verbe, a une qualification de comportement imputée à ce verbe. On ne retrouve pas ce mot dans les autres langues du monde. Le mot droit signifie la rectitude d'un comportement, si bien que dans la doctrine des sources du droit, il y a un rapport entre droit subjectif et droit objectif : il y a un grand sujet et un petit sujet. On peut dire que cette conception conduit à mettre en évidence au fondement du droit, la loi. La loi qui formule ce droit, mais cela n'empêche pas la loi de recevoir le droit substantiellement pour en élaborer que la forme. La loi reçoit les règles de droit. La règle de droit, c'est la science. Le juge doit dire la loi, mais il interprète la règle de droit telle qu'elle est reçue par la loi. C'est le législateur qui dit la loi. Le fondement philosophique de tout cela est l'idéalisme. C'est à dire ce qui privilégie la raison dans son activité, qui pose les valeurs, et qui commence par mettre entre parenthèses le monde, pour mettre en avant la raison. Le mouvement est constructif. L'idéalisme met tout dans les idées. Ce qui est, c'est ce que je pense. Ce qui doit être, c'est ce que je peux penser. Il est tributaire d'une philosophie des stoïciens. Le mot droit n'a fait qu'apparition que très tard dans notre histoire, vers la fin du Moyen Age.

Le second sens qui est objectif va poser l'idée d'égalité et non pas de conformité. Jus en latin signifie ce qui est juste, car tout simplement dans les civilisations gréco-latine on ne sépare pas la forme du contenu: ainsi, le droit est ce qui est juste. C'est une vision qui suppose la science s'exerçant sur le juste qui dans la philosophie antique, renvoie au discernement prudent de l'égalité d'où le mot jurisprudence. On arrive à un système où le fondement du droit est le juge et où ce n'est plus la loi, mais c'est directement la règle qui vient de regula qui signifie la mesure en latin. Le droit se conjugue ici à l'indicatif, car le juste se constate, cela se vérifie. Le juge ne fait pas le droit, il dit le droit. Le législateur de même, il dit ce que la règle lui transmet pour l'appliquer à un cas. Le politique vient après, car il commande le respect du droit. Le juge devient ici volontiers savant du droit, et fait œuvre de doctrine. Il est tenu par la jurisprudence. Le fondement est ici le réalisme.

Cette expression conceptuelle du droit est propre à notre domaine occidental même si elle existe en Orient. On peut distinguer égalité/ conformité. Si on compare ces deux formes, on comprend pourquoi d'un côté, on utilise le mot droit et de l'autre, le mot jurisprudence. La substance du droit romain conduit à associer les deux mots. La distinction induit une autre distinction en droit comparé. On voit alors deux voire trois mondes qui se séparent: ceux qui reste attacher au mot droit, ceux qui reste attacher au mot jurisprudence et les autres, qui mélangent les deux. La répartition philosophique et juridique se retrouve ensuite dans l'histoire du droit comparée.  Il y a donc des droits à distinguer: le droit romano-germanique (qui a reçu l'héritage du droit romain qui est considéré comme un droit universel. Il est ainsi reçu par tous les pays anglo-saxon) et le droit idéaliste.  L'histoire est un peu plus complexe, car il y a deux droits romains différents: celui d'Occident et celui d'Orient. Celui dont on parle est celui d'Occident: celui d'Aristote. Le droit romain classique repose sur Gaius, les instituts (formateur de l'esprit des étudiants, œuvre inspirée du réalisme du droit romain d'Occident fondé sur l'égalité qui commence par la répartition interne aux choses), ce droit romain d'Occident, reçu dans l'empire carolingien pour être ensuite, diffusé dans l'Europe entière. Il y a un droit romain d'Occident de la source objective du droit.  Ensuite, on va voir apparaitre un nouveau droit romain qui va confondre deux mots: jus (qui relève du juriste, qui dit le droit) et lex. L'influence politico-théologique va confisquer le droit, et on va ensuite avoir le modèle du droit objectif avec l'idée de conformisme. C'est une confusion des concepts qui peut se justifier mais qui entretient un gros mal entendu sur l'identité du droit romain tel que nous le connaissons. Entre le 11ème et le 14ème, on s'est alors divisé entre deux droits romains: le vieux droit romain fondé sur le jus de l'Orient (étudié avec la méthode d'Aristote), et le nouvel usage attaché à la lex qu'on a imputé à la France (droit romain d'Occident, méthode d'exégèse, théologie législative). Au cœur du moyen Age, on a associé la jus et la lex. Puis, au 16ème, tout a éclaté. Les pays romano-germanique vont préférer la jus. En France, on cultive la lex avec la jus dans le même fond. La renaissance française est la renaissance des humanités classiques qui sont les stoïciens. La réalité est beaucoup plus complexe, car les droits n'ont pas la même valeur dans les différents pays.  Le romanisme se reconstitue après les invasions barbares, ou les migrations selon si on se place à l'Occident ou à l'Orient.

Pour bien comprendre la distinction reçue dans le réalisme classique entre deux sortes de justice: la justice classique et la justice particulière, il faut remonter aux fondements philosophiques. Il faut se reporter au 4ème siècle av. JC, l'éthique de Nicomac dans lequel au chapitre 5 figure une distinction du réalisme et du l'idéalisme, des deux droits romain, et donc de la dualité du langage pour définir le droit. Cette distinction permet de comprendre que dans le réalisme on s'en tient à la justice particulière, alors que dans l'idéalisme, on a une justice générale.  La distinction d'Aristote part de ce demandé ce qu'est un homme juste. Ce mot est vague. Quand il dit qu'un homme est juste, il dit que le mot juste a deux sens: soit c'est le comportement est juste, soit c'est la chose en rapport avec laquelle il est, qui est juste: isos qui signifie égal. On dira d'un côté, celui qui est juste est dit conforme, nomimos, d'un autre côté, on dit qu'il est égal, isos. D'un côté, on qualifie le comportement subjectif et de l'autre, on qualifie la chose. D'un côté, on a besoin de la loi pour faire un modèle de conformité, et de l'autre côté, il y a une égalité. Il y a ainsi deux sources qui se manifestent car c'est une chose qui est égale, et c'est une loi qui prescrit une conformité. Aristote a dit qu'il y a donc un sens général et un sens du mot justice. La justice générale est celle qui part d'un sens qui couvre toutes les situations. La justice particulière est prise à l'intérieur de la justice générale. La première c'est la justice de la morale sociale, celle où l'homme est regardé dans la société. La seconde est celle du droit. La morale sociale n'est pas le droit, c'est la politique distinguée du juridique. Le juste apparait alors comme une chose. On ne regarde plus les comportements des personnes, on ne regarde plus les lois. La justice particulière part toujours d'un rapport entre les choses. Plus philosophiquement, le fondement de cette justice est la nature de l'homme d'où l'expression le droit naturel. C'est là pour raison pour laquelle on distingue dans l'histoire, la loi naturelle et le droit naturel qui est suspendu à une conception des natures des choses. Pour élargir les points de vue, on doit dédoubler l'ensemble des choses. On peut dire d'un côté, il y a une justice individuelle puis il y a le personnage politique de morale sociale de nos jours. Puis, il y a la personne juridique et le droit. Ce sont trois sphères qui sont pratiquement distingués dans notre monde car, il distingue deux sphères mais pas la troisième car cela ne le concerne pas. Une injustice particulière est toujours générale, mais une injustice n'est pas forcément générale.  Au plan culturel général, cette distinction montre que le politique et le droit, c'est à dire la morale sociale et le droit, recouvre la distinction justice générale et justice particulière, droit naturel et loi naturel... Maintenant, il y a deux manières d'interpréter la justice générale, l'une conforme à la justice classique. La loi formule une exigence propre à la nature humaine d'égalité. La justice peut parfois être interprétée par une approche idéaliste. Il y a un droit qui s'est étendu au domaine occupé par la chose politique autrefois. Le droit couvre aujourd'hui ce qui pendant des siècles, concernait le politique.                                                                                              La justice générale est la justice politique, qui existe dans l’homme, qui est naturelle, qui a vocation à devenir du droit positif. La justice particulière est celle qui instaure un équilibre entre deux choses, c’est la justice juridique, qui commande de rester dans la mesure (le juste milieu, l’égalité), qui commande au Droit.

Le grec avait inventé un mot (Diké) qui venait du verbe signifiant *je montre*, un verbe qui s’écrit à l’indicatif, non au prescriptif, lorsque je montre, *je constate*, et je constate l’égalité notamment. Le juste est donc dans les choses, et le juge est celui qui constate puis montre aux intéressés l’égalité, ce qui est juste (et donc *objectif*). Justum est le calque de dikaion (d’où vient diké). Le juge en latin est celui qui *juris dictio*, c’est-à-dire celui qui dit le droit. Donc le droit ne s’ordonne pas, il se dit, il se constate et se montre. Le politique ordonne, le droit constate. Le juge est le *judex*, qui veut dire le montreur de ce qui se montre. La loi quant à elle est l’isonomie entre deux choses, l’égalité dans les choses. Le juge est le mesureur de cette égalité au cas par cas (il ramène l’espèce à la loi, en mesure l’égalité). Si le juge ramène l’espèce à la nature (droit naturel), il mesure l’équité, qui est l’égalité supérieure (égalité plus égale, car l’égalité positive est tirée d’elle) car conforme à la nature. Tout juge (même en France), garde une partie de jugement en équité, de jugement inné (sens de l’égalité innée). Voir article du prof sur l’équité qui se trouve sur la revue philosophique sur internet, ou sur makilo ? presse canadienne.

Le politique subordonné au droit : la république est le droit des citoyens, et l’Etat dans sa politique, est au service du droit, de la République.

Deux sortes de jugements. Le jugement syllogistique (loi, cas, solution du cas par rapport à la loi), et le jugement

Le nécessaire, ce qui est et n’aurais pas pu ne pas être. Son inverse est le contingent, ce qui est mais aurait pu ne pas être. Le droit s’impose dans toute les sociétés, même celles qui n’en ont pas dans le sens européen (ex des Nuerses africains ?), mais est culturelle, donc contingent. Ce qui est nécessaire, c’est la justice, le sentiment de justice, qui là est naturel, non culturel. Aucune société ne vit sans la reconnaissance de valeurs (dont la justice).

L’homme a la caractéristique de se sentir individuellement plus important que le groupe, mais moins important que l’idée qui anime le groupe, sa valeur. Donc l’homme est capable de se sacrifier, parce qu’il conçoit que la valeur est plus importante que ce qui est hors de lui et que lui. C’est cela qui fonde une société politique, et ce que le droit garantie. Respect de la chose publique, d’où vient le mot République (pas en tant que régime politique, mais en tant que res publica).

Fusis : nature. Physique : science de la nature/ Métaphysique ?

Philosophie > droit naturel > droit positif > politique.

Donc toute la partie juridique est contingente, mais se rapporte aux questionnements métaphysiques, philosophiques, à des considérations plus profondes, qui eux sont nécessaires.

Tout ce que fait l’homme est contingent (notamment la philo), mais ce qui est nécessaire c’est son besoin de se poser ses questions, de se donner des valeurs, qui là fait partie de sa nature d’homme, ce qui est naturel, donc nécessaire.

Les règles sont contingentes, en ce sens elles sont souvent modifiées, mais sous ces règles se trouvent le fondement nécessaire, la réflexion sur une valeur qui fait naturellement partie de l’homme.

Par exemple toutes les règles de responsabilité civile présupposent la valeur de liberté d’acte, qui fait qu’on ne peut nécessairement pas rendre responsable quelqu’un ou quelque chose qui n’agit pas en toute liberté. Ainsi, on ne peut légalement rendre responsable un animal, un fou… Le contingent de la règle se ramène à ce qui s’impose à l’intelligence : est responsable celui qui agit librement.

Le philosophe ne conclue jamais, le juriste lui est forcé de le faire. Le philosophe considère qu’il y a une justice générale, le juriste doit juger. Le traité de l’argumentation à lire (dit que le philo va toujours plus loin que le juriste dans l’argumentation, car le philo ne s’arrête jamais, il reste dans l’absolu, quand le juriste doit s’arrêter à la solution efficace à un moment donné, quitte à la modifier lorsqu’elle n’est plus efficace).

Le juge a toujours un pied dans la nécessité, même si son matériel de référence est contingent (la loi). Donc il lie la nécessité à la contingence, le droit naturel au droit positif.

« Je sais que je ne sais pas », dit Platon, et c’est déjà beaucoup. Cela évite la barbarie, qui s’apparente à croire qu’on sait, et que notre vérité est LA vérité unique (est qu’elle a donc vocation à s’imposer aux autres, qui ont leur propre vérité à défendre à barbarie).

L’esprit a besoin d’absolu. Il n’aime pas le contingent. L’acceptation du contingent en tant que telle (conscience qui est nécessaire pour éviter la barbarie) résulte d’un apprentissage (maïeutique de Socrate).

L’histoire voit le juridique envahir le politique : cela signifie que les lois se sont calqués sur la mesure de l’homme, et dans l’ordre de l’égalité, plus que sur la mesure de l’Etat.

Forme = sens métaphysique chez les grecs.

Avant, la valeur de l’homme était pensé à l’aune du groupe, l’homme dans l’humanité. Maintenant, c’est le fait qu’il est, qui lui confère sa dignité. On ne le réduit pas au groupe. D’où les droits de l’homme, plus que les droits de l’Etat.

Le bien public < au bien commun, car il est formelle quand l’autre est substantiel. Nous sommes des personnes avant d’être des personnages. Nous sommes avant de jouer un rôle, ce n’est pas le rôle qui nous définit, le rôle n’est que la forme, pas la substance même.

Droit romain, naturel : voir dico de philo du droit

En France, on juge en appliquant la loi telle que l’a voulu le législateur (le juge doit se demander ce qu’a voulu dire le législateur), surtout au XVIIIème. Dans les autres pays, on s’en remet au texte mais aussi à la simple logique (notamment analogie). Par exemple, un homme tombe dans la rivière, je suis à côté et ne fait rien. En France, la responsabilité pour faute est définie en fonction de ce que je fais (uniquement) : je n’ai pas poussé, donc je ne suis pas coupable. Ailleurs, on retiendra aussi le fait que je n’ai pas tendu ma main pour l’aider (de façon logique, n’avoir rien fait me rend aussi coupable). Mais en France, on demeure collé à la lettre du législateur, qui se concentre sur le faire et pas sur le non faire.

Les topiques juridiques sont les principes généraux du droit, or en France, on fait dépendre le sens de la volonté du législateur (volonté supérieure donc…) donc il n’y a pas de topiques en France. Topos différent de typique = qui s’inscrit dans le général, alors que topique est ce qui découle de la logique réflexive (en relation au droit naturel). Topos : proposition à partir de définition. Notre méthode diffère, car elle revient à l’analyse de prescriptions posées par le législateur.

Dans l’antiquité, le droit des gens et de la nature : le droit des étrangers, le premier droit international.

Le social, que nous n'avons pas à aborder en lui-même, il faut rappeler d'où il vient. Il ne vient pas de l'autorité journalistique. Il ne faut jamais saisir que ce qui a une source vraisemblable. Nous, nous nous plaçons à un degré juridique pour pouvoir lire ce degré social. Il faut des cadres interprétatifs. On va aborder le rapport droit objectif/subjectif dans notre système. Il faut savoir comment ils s'appliquent dans les faits sociaux. Il faut savoir si en cas de problème, il faut invoquer le droit ou la liberté (j'ai le droit ou la liberté de le faire). La liberté se dédouble (une de droit, une qui repose sur la nature humaine que le droit doit protéger). Quand on tient toute les catégories, les problèmes sociaux n'existent plus. S'il y a des problèmes, c'est parce qu'on a mal qualifié les choses.

Droit objectif et droit subjectif.

Il faut dissocier le droit objectif. Il y a deux aspects dans notre système français actuel (assez isolé dans le monde). On met en avant le droit objectif dit au sens de loi. Mais dans la plupart des pays, c'est le juge qu'on met en avant qui va contre la loi. Chez nous, c'est l'assemblée (le politique) qui fait les lois, mais pas le droit. Par exemple, le politique ne peut pas punir quelqu'un qui n'a pas toutes ses facultés mentales. Nous nous partons d'un cadre. Il faut isoler certains éléments : Dans la loi, nous sommes invités à dissocier deux éléments :

* + La loi voulue qui repose sur le mécanisme de volonté d'une assemblée qui en a décidé le contenu. Au cœur de cet élément, nous devons discerner ce qui fera le travail du juge.
  + Il y a un élément rationnel qui relève du scientifique : c'est la RDD. La loi n'est pas la règle de droit, elle l'a reçoit. Elle la formule pour résoudre un problème qui est posé.

Donc dissocions l'élément de la loi voulue (se conjugue à l'impératif) de ce qu'enseigne la science, la RDD (se conjugue à l'indicatif). Mais la loi fini par se conjuguer à l'indicatif, d'où la présence de la RDD dans la loi. La RDD vient de la raison, d'un ordre d'équilibre. Il faut comprendre l'articulation dans le droit objectif de ses deux éléments. Cela a permis au MA avec la rencontre des droits romains d'orient et d'occident. A travers la lex, nous retrouvons le jus. Mais nous, nous regardons le jus à travers la lex.                                                                                                                                                  Quand nous entrons dans l'ordre du 1er élément volontaire qui nous commande, nous verrons qu'il ne commande que du point de vu d'un contenu intellectuel. Dans lex, il y a deux verbes latins :

* + ligare (lier, lie le comportement. Si on n’agit pas de la façon de la loi, on sera sanctionné)
  + litche ? (lire. Je ne peux lier que ce que j'ai lu, c'est donc la raison qui commande la volonté).

Dès que j'entre dans l'étude de la loi sous cet aspect, il y a un élément qui peut nous altérer sur de futurs problèmes sociaux : le partage entre le droit et la société. Si le droit est impératif et commande le respect de la RDD, cela ne vaut que pour ce que le droit. Cela ne vaut pas pour ce que le droit ne régit pas, c'est à dire la société civile, la coutume, les mœurs.

Nous devons savoir si les coutumes qui sont en rapport avec le droit sont soumises au droit. Elles ne peuvent l’être que par l'acte législatif. On ne peut pas dire que s'il y a un problème il est délictuel, c'est à dire du droit. Il faut légiférer car on ne peut pas permettre d'admettre une manifestation contraire au droit.

Mais pour le domaine où le droit n'intervient pas, est-ce que la loi peut s'appliquer ? La distinction constitutionnelle dit qu'il ne faut pas violer cette distinction. Cela sera aller au-delà du domaine du droit. Il y a la loi des mœurs, et l'idée selon *Montesquieu* c'est que le prince ne peut pas aller au-delà du droit. La constitution prévoit ce problème. Il faut respecter la coutume praeter legem (soutient la loi). Mais il y a des coutumes contra legem, dans ce cas le prince peut agir par le droit. Quand Antigone dit à son Oncle qu'il ne respecte pas le droit naturel (enterrement de son frère), Créon n'a pas le droit d’empêcher Antigone d'enterrer son frère, car c’est la coutume qui le décide et non la loi. L'argument d'Antigone, c'est le droit positif. En Grèce, on enterre les morts. Les mœurs sont impératives en tant que supplétives si le droit de la loi ne s'applique pas. Mais le droit doit sanctionner celui qui porte atteinte aux mœurs. La coutume a un rôle supplétif dans la constitution de tout pays.

Le politique peut créer un droit propre, à condition que l'homme ne soit pas supprimé de ses droits fondamentaux. Si la coutume n'est pas respectée alors qu'elle est légitime, le juge doit la protéger. Tout juge appliquant la loi est tenu de faire respecter toute coutume que la loi ne régit pas. Tant que la coutume ne viole pas l'ordre public, il doit la protéger. Le politique n'est qu’à en retirer un grand bénéfice.

Ce qui ce fait, ce n'est pas forcement ce qui est moral ou éthique. On ne demande pas à la morale de faire du droit.

 Pour les grecs :

* + Homme = esprit
  + Femme =justice (car vérité dans le ciel et non sur terre).

 Œdipe, c'est celui qui accomplie toute les trahisons et qui a commis tous les maux. A la fin de sa vie, il veut mourir : « œdipe va mourir quand les femmes sortent des bois pour permettre de trouver la justice sous la terre ». Forme de justice divine. C'est un divin qui relie les personnes en dessous des personnages.

 Il faut discerner le fait social juridique des autres faits sociaux. On ne peut le discerner dans le cadre que nous poser ici que dans la loi il y a les RDD. Il faut distinguer la loi qui reçoit la RDD d'une loi morale (l'une est sanctionné, l'autre ne le sera jamais). La loi commande sans condition quand elle est morale, mais quand elle juridique elle dépend d'un autre élément : la sanction. La loi juridique est donc un impératif hypothétique (*si on ne la suit pas, sanction*), alors que la loi morale agit par la seule considération du devoir.

Au coup d’œil du sociologue cela ne suffit pas : Qu'est-ce qui distingue une règle de mœurs d'une loi juridique? Le droit est plus un phénomène judiciaire qu'un phénomène légal.

 Le juriste polonais Kantorvist a dit que le droit, c'est la loi qui prend vie socialement sous la forme de la sanction judiciaire. Ces phénomènes démontrent que l’être humain en société va toujours se placer en tant que juge et législateur. Il faut se méfier de ces mouvements qui traversent la société politique qui dit que les juges ne fonctionnent pas bien.

La procédure qui domine le droit d'influence romaine influence la manière. Le droit peut se constituer avec la même manière sans influence romaine car la forme tient à l'esprit humain. D'où le problème dans les pays germaniques.

Coercitif : au MA se sont opposées deux théologies :

* + une grecque qui met en avant l'influence divine.
  + Les scotistes estiment que la volonté est supérieure. « Les choses sont mauvaises parce que Dieu l'a ordonné ».

On a tiré l'idée d'un formalisme de la volonté, en raison de la forme. Pour Hobbes, la loi est juste parce qu'elle est ordonnée. Il y a dans une tradition une auto-suffisance de la volonté. Cela signifie que la disposition de la volonté ne doit pas dépendre d'autres normes. Le volonté doit s'affirmer selon le critère interne de son universalisation.

Dans cette logique on en est venu a adopter l'idée d'obligarioriété (= l*e caractère obligatoire de la loi en so*i). Les contrats en France comme le droit reposent dans l'autorité qui s'y attache, l'autorité obligatoire qui s'attache au texte qui devient l'autorité de la chose jugée au procès. Quand la loi est votée, elle est louable. Une loi peut être légale et violer le droit (ex : port du voile en France). *Platon* : ce n'est pas parce qu'une chose est voulue qu'elle soit nécessairement vraie.

Cette auto suffisance est un phénomène culturel quel que soit ses défauts. Elle est violente notamment dans le domaine patrimonial. Mais au plan pénal, c'est peut être une valeur protectrice. Cela empêche les servantes interprétations.

Dans la portée de cet élément volontaire et coercitif (impératif), on peut se poser la question de savoir s'il n'y a pas des obstacles de faits matériels à la réalité de l'application de ses lois. Est-ce qu'on ne pourrait pas discerner en critique sociologique des phénomènes sur le fait que la loi existe sur le papier et pas dans les faits ou du moins pas comme elle devrait ? Certaines lois n'ont pas d'application réelle ou tombent alors de désuétude (on a plus de recours à ses lois). Il y a des lois aussi qui ne s'appliquent pas comme on croit (ex : paiement impôts par une entreprise. Ce n'est pas l'entreprise qui paye, mais les gens qui achètent le produit) : phénomène d'effectivité de la loi. Il peut y avoir déplacement de l'incidence.

Parfois pour des réformes éthiques, on fait des réformes sur les mœurs qui vont contre la morale. Le droit doit faire progresser les mœurs (ex : primogéniture).      Obstacle du droit : théorie philosophique et doctrinale qui enseigne plusieurs exigences. Il y a plusieurs courants doctrinaux depuis la fin du 18ème siècle qui sont tous marqués par l’exigence que la loi soit mieux relier au phénomène sociologique de son application.

Deux courants :

* + 1 qui se place du point de vue de loi tant qu'elle doit être proposée (avant que la loi ne soit votée). Dès la fin du 18ème, c'est une mode de prôner que l'idée de loi doit prôner sur son application future. La loi doit tenir compte de l'étude logistique comparée. Ces courants vont en fonction des questions que l'on pose s'informer sur les besoins sociaux pour ne pas commettre des lois qui risquent de ne jamais s'appliquer. Cela ne veut pas dire que la loi est passive. Il est de la sagesse du législateur de légiférer qu'après enquête de la possibilité de la réception de la loi.
  + 1 qui se place du point de vu de la loi étant votée (effectivisme) : le droit n'est considéré comme existant que si cette loi trouve une application réelle et effective (doit être majoritaire). Considère que le fait social de la réception est plus important que la loi elle-même.

La religion est politiquement rentable.                                                                                                    Tout ce que le droit dit, il le définie, le qualifie.

Toutes les situations de la vie de tous les jours peuvent être qualifiées mais il peut alors se poser un problème car on ne peut le résoudre soit avec une interprétation soit avec une autre.                                                                                                                        Cependant, on peut aussi se diriger vers la philosophie (on regarde une chose). L’œuvre politique dite de logistique est une œuvre parfois d’anticipation. Elle a été suivie par une autre théorie effectiviste qui ne considère que les lois effectivement appliquées.

La loi se dédouble en un  contenu rationnel (l’élément rationnel de la règle de droit). En effet, toutes lois énoncent une règle car elle énonce une mesure. Cette mesure est alors l’équivalent d’une proposition logique (si dommage alors réparations è Exemple de l’article 1382 du Code Civil).                                                                                                                                                                                                 Lorsque le juge fait appliquer la loi, il fait appliquer les règles dans la loi.                             On étudie la loi présentant un caractère de généralité dans l’espace et dans le temps : règles rationnelles.                                                                                                                                                                                  Pour une part des choses, on doit toujours admettre que la Loi nationale n’est pas applicable à un étranger en cas de mariage ou filiation : c’est le droit qui s’impose à l’Etat.                                                                                                                                         La coutume, d’une certaine manière car lorsqu’elle s’applique de manière supplétive, c’est elle qui s’impose et à l’intérieur de ceci on distingue supplétivité et impérativité. Du point de vue de la portée, on peut s’interroger sur l’effectivité des lois en termes de réceptivité et ici, on peut se poser un problème qui est celui de l’unité ou du pluralisme.  Dans un pays avec un système fédéral, il peut y avoir un pluralisme légal/ des sources.                                                                                                                   Duguit disait que la loi devait être dépouillé de son aspect volontaire et ainsi la règle devait être le reflet/l’expression  du fait social.                                                                                                       La mesure est l’interprète de la solidarité. La règle sociale, c’est la traduction juridique d’une mesure implicite.                                                                                                    Duguit et Kelsen  disaient que le droit n’était qu’objectif car le droit ne serait une règle traduisant une proposition causale.                                                                                          Le droit entraîne donc l’apparition des droits subjectifs. La loi étant la même pour tous est/peut être  la même dans un territoire donné. En résumé, selon Duguit, il fallait abandonner notre système jacobin pour se soustraire au pluralisme des sources (Concurrence des lois).                                                                                                        Dans notre système, si la Loi n’est pas remise en cause, c’est parce qu’il y en a qu’une et ainsi  dans notre pays, le pluralisme des sources n’est pas en vigueur.                                                                                                                    La théorie française de Duguit a repris de l’importance en droit international public car on estime qu’à défaut de convention unifié, la solution de droit peut être recherchée pour tenir compte de la coutume internationale. Les textes en concurrence utilisent des termes différents (Exemple è Les anglais attaquent et nous, légitime défense si on a été agressé).                                                                                                                                                                                                Une guerre sera plus facilement engagée lors d’un conseil d’attaque que d’agression (il faut qu’un acte traduise une nuisance de l’Etat Français par exemple sinon pas de légitime défense).                                                                                                                            On peut estimer que le droit a sa source dans une pluralité de manifestation qui tienne dans des pratiques diverses.                                                                                            Dans le temps, on peut se poser la question de l’invariabilité de la loi et cette invariabilité ne pose pas de problèmes au niveau de la règle car on peut dissocier dans la règle la substance et son prédicat (Exemple de l’art 1384 qui concerne la capacité de garder une chose et quand la chose fait un dommage, la responsabilité est assignée au gardien de la chose et autre exemple : Art 1386 du Code Civil concernant la responsabilité de l’instituteur en cas de violence entre élèves).                          Si on regarde une loi, il y a la règle et la qualification de celle-ci. On est responsable d’avoir transgressé une obligation mais on peut aussi très bien regarder ailleurs et ne pas s’y soumettre (ce n’est pas une nécessité ou un déterminisme).                                           Quand on ne peut pas présumer la liberté, il faut une solution.                                                  Au XIXème siècle, en Autriche, Steidler a eu l’idée d’un droit naturel à contenu variable. Si le Droit reposait que sur des faits sociaux, on ne supposerait pas que ce serait qu’une science.

Comment assurer la sécurité juridique ?

Certains auteurs ont dit comme Savigny (XIXème siècle) qui a prévenu de la décadence législative de certains pays qui croyaient résoudre leurs problèmes en faisant proliférer leurs lois.    En fait, il en faut de façon mesuré selon cet homme. On ne gouverne donc pas un pays par des lois car le politique n’est là que pour les faire respecter. Il y a des lois politiques car il y a un droit politique. Plus on est venu dans le droit, plus on se rend compte qu’il y a trop de lois qu’il faudrait simplifier.

Dans les pays où il n’y a pas de tradition légaliste, le droit pour inspirer la sécurité doit être la prévision de ce que les juges vont faire. On peut alors s’inquiéter de la manière de juger. Dans les pays du réalisme analytique (comme les USA), le droit étant notamment jurisprudentiel doit être classé et le comportement des juges doit l’être aussi.

Aspect subjectif.

Ici, on se place à l’intérieur de notre système et on reprend le langage, tel qu’il est constitué, du droit subjectif pour comprendre qu’à travers celui-ci, on peut saisir le fait social.                                                                                                                                           PB è Comment le droit subjectif se démultiplie en une multitude sous-droit pour couvrir beaucoup plus complexe ?  Le droit est la traduction juridique de la liberté. Il est évident qu’il y a des libertés simplement factuelles et d’autres seulement juridiques.                                                                                                                                                            Libertés de faits ou de droits è Il y a une différence d’origine car ou c’est ma liberté pure ou celle décidée par un législateur.                                                                                     Quand on parle de ces 2 libertés, ça renseigne d’où ça vient.                                                                Le philosophe distingue liberté naturelle (action intérieure qui se réfère à la nature humaine) et liberté positive.                                                                                                              Une liberté a une expansion infinie. Théologiquement, la liberté passive prévaut à la liberté active (a liberté de ne pas faire prévaut sur la liberté de faire). Dans toutes libertés humaines, on peut s’abstenir au lieu d’agir.                                                                          Les anglo-saxons disent qu’il y a la « liberté de» (ce n’est pas un droit, il s’agit de prévenir et elle est enfermée dans le statut qu’elle reçoit de la loi) et la « liberté pour ».  Un acte constitutif n’est pas un acte déclaratoire car cet acte renvoie à un ce qui a précédé. Ces 2 libertés font référence à un pouvoir car c’est une permission d’accomplir une chose.                                                                                                     Lorsqu’on dit que le droit subjectif est une puissance, on fait référence à l’action  en justice qui donne de la puissance à ce droit.                                                                                   Le droit est une permission car s’il y a permission, on a toujours le pouvoir d’exiger des autres ce que je veux leur faire faireè Je suis créancier.                                              En société, on voit que les gens pratiquent des actes qui sont portés par les mœurs (ces individus ont des libertés factuelles).                                                                                    Le droit prévoit que ces libertés peuvent être respectées par le droit sans faire l’objet de droit.

Compléments du cours du 08/03 que j’ai pris

Odos en grec : la route

La méthode est donnée par la chose, pas par le sujet.

Tout ce que le droit dit il le qualifie. En juriste, on tient compte des faits, mais on les enferme dans une définition qui les qualifie. On fait de même en médecine, avec d’autre définition. Très différent de la vision des faits du point de vue de l’opinion ou de la politique.

QQOCP : qui quand où comment pourquoi ?

La loi présente deux aspects : un volontaire, et un rationnel.

3.2 L’élément rationnel et indicatif.

La règle comme mesure se déduit d’une proposition scientifique (1382 CCiv : si…, alors…, le alors étant posé par une règle énoncée).

Dans la loi, il y a un langage impératif qui tient à sa forme, et un langage indicatif qui tient à la règle.

On étudie la loi comme présentant un caractère de généralité : il s’agit de la règle de droit, rationnelle, non de celle venant d’une volonté (forme), même si, si la règle volontaire découle d’une règle rationnelle, elle a un caractère général elle aussi (interpénétration).

En France, loi générale ne s’applique pas à un étranger qui dispose de sa loi personnelle. La généralité prend compte de la personne. La coutume est impérative, puisque lorsqu’elle s’applique au lieu d’une règle de droit supplétive, c’est elle qui prime, le droit étant obligé de la respecter (praeter legem).

Celui qui prend les décisions en France, c’est le droit, pas les représentants de l’Etat qui ne dispose que d’un devoir de service public.

Quelle est la portée de l’élément rationnel (effectivité des lois en termes de réceptivité, et question de l’unité et du pluralisme) ?

Sur le territoire français, il n’y a qu’une loi, et ce parce que le droit constitutionnel français l’a décidé. Mais dans d’autre pays, comme aux USA, en Argentine… il y a plusieurs lois. En France, on n’a toujours récusé la théorie du pluralisme des sources (que soutenaient pourtant Duguit, qui voulait que la loi soit un reflet du fait social, et que donc il devait y avoir autant de lois que de faits sociaux : idée totalement anti-volontariste qui associe la loi à son seul élément rationnel).

Tout fait social fait apparaitre l’idée que tout homme vit en société pour faire reconnaitre à tous des droits et des devoirs (effets positifs et négatifs de la règle : si la règle m’accorde un droit : positif, si elle me punit pour l’avoir violée : négatif).

Voir Duguit et Kelsen.

La théorie du pluralisme des sources réfute l’idée que la loi est la même pour tous, qui n’est donc pas une définition unique de la loi. « La loi est la même pour tous » vient d’une conception constitutionnelle, elle n’est pas unique. Notre structure juridique nous interdits de nous distinguer par une loi différente. En France, la source du droit est la volonté unifiée d’un Parlement.

Toutefois, la thèse de Duguit a intéressé le droit international public (on tient compte de la coutume internationale, là où un traité fait défaut).

Attaque : il suffit de porter atteinte à un ressortissant du pays / Agression : il faut porter atteinte à un ressortissant où autre avec l’intention manifeste de porter atteinte à l’Etat, donc plus difficile à prouver.

En Angleterre, la légitime défense peut être lancée en cas d’attaque, en France en cas d’agression. Il est donc plus difficile pour la France de mettre en branle le principe de légitime défense que pour l’Angleterre. Mais les deux types de droits sont également légitimes dans l’ordre international public.

Invariabilité de la source : le sens reste le même, même si les modalités d’application doivent elles se mettre à jour, évoluer avec les faits sociaux. Différence entre le substantiel et les modalités. La signification du texte ne change pas (de même que l’eau devienne de la neige : même substance, mais changement d’état, changement des modalités). Ex : article 1384, « choses » se modifie pour incorporer les machines, l’élément mécanique.

Dans la loi, il faut donc distinguer un contenu immuable, sémantique, de ses modalités d’application sans cesse changeante car s’adaptant au contexte.

De plus, la loi volontaire (qui est la loi politique), ne peut modifier le contenu sémantique d’une loi. Par exemple, le politique, qui se trouve face à un problème dans le cas d’une faute commise par un irresponsable, ne peut modifier le sens de la loi qui dit que l’irresponsable ne peut être jugé pour un acte qu’il commet. On ne peut pas juger quelqu’un pour un acte commis sans que l’action soit libre. L’obligation n’est pas une privation de liberté forcément, car même obligé, un choix demeure. L’irresponsable lui est totalement privé de liberté, il est inconscient, donc irresponsable.

Kelsen, positiviste. Regarde la forme, pas le sens du droit.

Steinler, au XIXème en Autriche, développe une théorie du droit naturel à contenu variable. A l’origine des dissociations de Kelsen. Structure logique = validité de la loi = forme immuable (x+y=xy). Ce qui change, c’est le contenu, et ce contenu c’est la justice.

Le fait que le droit contienne une structure immuable est rassurant : que penserait-on d’un droit fluctuant ?

La première démarche philosophique est qu’une fois que l’on a défini la qualification et l’interprétation, il n’y a plus de problèmes.

Dans la théorie de la dualité des sources du droit, le droit objectif est censé être la traduction d’une liberté. En même temps, on vient très bien comment la liberté sociale est réparti en  catégories :

* + Les libertés qui s’expriment à partir su sujet individuel : les libertés de faits.
  + Des libertés profondes touchant à la personne humaine dans un sens plus métaphysique.
  + Les libertés de droits. Une liberté sociologiquement entendue qui concerne / vise les usages de microgroupes.

On peut discriminer les libertés factuelles, les libertés plus profondes anthologiques mais maintenant il faut étudier les rapports entre les unes et les autres.                              L’homme se trouve être doté d’une liberté factuelle (ils espèrent que cette liberté deviendra un droit subjectif) et le droit, si il ne la reconnaît pas, la dotera de certains critères de droit.                                                                                                                             La définition du totalitarisme s’est enfermée dans la totalité du sujet vu par le droit : le sujet est plus fort que le groupe. On voit très bien aussi que le droit enregistrant les libertés de fait contrôle celle-ci et les régularise. Le droit les renvoie à des sortes de texte déclaratoires à travers un simple concept qui est le concept d’entrée à la matière juridique.                                                                                                                              Ce seuil est la personnalité juridique (elle ne dépend pas de l’Etat car elle montre la supériorité juridique/ Statut que le droit reconnaît à tout être/ La personnalité est au-dessus de la citoyenneté/aptitude d’avoir des droits subjectifs et ceci s’oppose à la personne juridique qui est l’être apte à avoir des droit subjectifs).Cette personnalité est a condition d’entrée aux droits subjectifs et est reconnue à un être de sa naissance à sa mort. Toute personne qui vit est une personne juridique et ensuite, il y a les citoyens et les non citoyens : Le droit passe après la personnalité.                                                                                                           Un Etat, comme la France, ne peut supposer redéfinir le droit.                                                                 La réalité sociale  est divisée: libertés de faits ; la tolérance. Tous les usages de la tolérance ne sont pas des droits car il n’y a pas d’obligations précises, de promesses. Par exemple, si un banquier accepte un découvert, c’est une tolérance mais si il y a un crédit, le banquier est obligé d’honorer sa promesse : ce n’est plus une tolérance.        La liberté de fait sociologique a permis à la tolérance de se transformer en droit.           Il faut distinguer la liberté de droit (exè Créance d’une promesse de crédit) à la tolérance mais le juge peut transformer la tolérance en droit (parfois).                                           On va être attentif au temps, aux conditions  qui s’écoule(nt) car une tolérance n’a pas de conditions précises alors qu’un engagement si.

Pbè L’Etat a du mal à s’harmoniser dans le respect des cultures.

L’Etat protège l’Homme mais le Droit que fait-il alors lorsqu’il ne la régit pas ?                         Dans tout Etat du Droit protège un droit qui régit l’Homme. La seule condition est que l’expression de cette liberté de nature ontologique n’est protégée par le Droit que si elle ne porte pas atteinte au Droit (=Ordre public).                                                                             La règle de droit ne peut être formulée par l’Etat que s’il y a un problème mais si elle est formulée, s’il n’y en a pas, l’Etat de Droit s’oppose à ceci.                                                                                     Montesquieu, dans son chapitre sur le despotisme dans l’Esprit des lois : «  Le régime despotique est le régime où le droit régit les mœurs ». Il faut corriger les mœurs qui peuvent être immorales mais cependant, il n’y a aucune raison de régir les mœurs.                                                                                                                         Nietzsche disait que la femme ne devait pas imiter l’homme mais au contraire qu’elle devait suivre son chemin.                                                                                                             (Les libertés sociales (celles de mœurs) ne sont pas des libertés propres à des choses locales).                                                                                                                       Dans tous lieux où on meurt,  il y a des usages/ des pratiques.                                                         Si on établit un droit reconnaissant l’euthanasie, toute personne pourrait demander au personnel médical de mettre fin à ces jours   mais c’est interdit : on ne refuse pas une assistance aux particulier (on = le personnel médical).                                                           Le Droit est un rapport de créancier à débiteur  mais avant cela, il y a des libertés : liberté des dieux de l’Antiquité de ne pas créer le monde, si un homme refuse d’être soutenu dans sa vie, on ne peut pas lui refuser.

Capacité de jouissance è Toute personne l’a avec la personnalité juridique : toute personne jouit des droits propres à son être.                                                                                         Si on considère qu’une personne est dans l’incapacité de jouir de ses droits, on la met en tutelle ou curatelle par l’intermédiaire de la justice (de ses procédés).                   Quand on parle de personnalité juridique, c’est le point d’affleurement de la liberté mais entre les 2, il y a la Justice.

Le Droit n’est pas de l’ordre de l’amitié mais de l’amour en quelque sorte car il n’attend rien en retour : il protège, régit tout le monde. Or il faut que l’universel passe par le générique et ainsi, le politique s’ouvre à ce qu’il ne connaît pas dans le Droit. En France, une religion est un fait public.

France è 7% du pays sont des pratiquants hebdomadaires (au moins 1 fois par semaine) et 22% visitent un lieu religieux au moins 1 fois par an. Or sur les 10 Millions pratiquants, 6 sont des musulmans et 4 des chrétiens. Ainsi, le fait que la France soit essentiellement chrétien est complètement infondé…                                                  Aucune liberté de presse ne peut porter atteinte aux droits d’un individu ou d’un groupe. Par exemple, Charlie Hebdo ne peut porter une caricature sur un individu  qui lui serait offensante.                                                                                                                     Concernant l’immunité, ce sont les représentants de l’Etat ou ceux qui sont censés le représenter qui jouissent de cette immunité (dans les conditions de leur juridiction). L’immunité est un langage qui permet d’éviter des confusions .

Pouvoir

Celui qui a un pouvoir exerce le droit d’autrui : on fait un acte de représentation et de mandat (le titulaire d’un pouvoir n’est pas le titulaire d’un droit subjectif).

Habilitation

Une personne habilitée est une personne qui reçoit un pouvoir du juge.

Avoir une faculté, c’est avoir un droit qui s’exerce dans 2 possibilités égales. L’ouverture d’un crédit est une promesse unilatérale de crédit. Il peut aussi y avoir promesse unilatérale de vente.

Option : Liberté d’accepter (ou pas ) un acte juridique qui est contracté ( lever m’option ou pas).

Un bénéfice est un droit légal que la loi attache à un droit privé.

Cours du 22/03

*-*Droit subjectif avec le problème du rapport de l'exercice de ce droit au regard de libertés de fait (ontologiques à l'homme). On dissocie le pouvoir/autorisation données par le droit objectif et les libertés plus factuelles, sociales qui reposent sur la tolérance (licences) plus contingentes.

- Distinction pouvoir et puissance. Pouvoir = permission, autorisation mais en même temps l'investiture (la loi investit le sujet de droit) qui ouvre à une puissance. La puissance, c'est la liberté active ET la liberté passive ( la liberté de ne pas faire).

-En droit civil, le droit de propriété est « le droit le plus absolu ». Ce droit, en France, consiste en usus, fructus, abusus (3 prérogatives, qui découlent de ce droit). Mais au-delà de tout ça, je peux aussi n'en rien faire, ne pas m'en servir. Même si je ne peux pas m'en servir contre mon gré, le titre de propriétaire demeure. Le titulaire d'un droit peut être frappé d'une incapacité, ce qui ne lui fait pas perdre le droit. Mais il peut y avoir une impossibilité morale qui est décidée par le détenteur du droit. C'est cela la différence entre pouvoir et puissance. On peut contrôler quelqu'un dans ce qu'il fait mais on ne peut pas l'atteindre dans ce qu'il ne fait pas.

-Idée de l'abstraction : coupé la partie du tout pour la retourner contre le tout (racisme) qui peut devenir inconscient si on laisse passer des discours par une passivité consentante.

-Il faut donc pouvoir écarter les parties, dépouiller l'homme de ces caractères pour ne garder que son essence même, le fait qu'il existe et qu'il existe de façon précaire. La justice est donc le respect de l'homme en tant qu'homme. Cela suppose l’accueil des étrangers dans la cité. L'équité, c'est considérer l'homme en tant qu'il est différent de moi, qu'il est autrui, non pas en tant qu'il me ressemble jusqu'à lui donner plus qu'à moi-même.

- Sur le territoire, il y a des gens qui passent, qui entrent et sortent du territoire. Juridiquement, il y a des citoyens (une partie des gens), celui qui a un rapport privilégié par l’État sur ce territoire. C'est le membre de la cité qui vote. Il y a les touristes. Ils passent pour aller ailleurs. Il y a des ressortissants d'une autre cité à qui on applique les lois de leur pays (sauf pour la polygamie). Tous ces gens-là, tant qu'ils ne passent pas de façon précaire sur le sol comme le tourisme, doivent avoir une possibilité de reconnaissance de l’État dès lors qu'on les considère en tant qu'homme. L'idéal de la représentation c'est que chacun puisse être entendu directement (vote du citoyen) ou indirectement (pour les autres, par les syndicats, les associations, les familles par exemple). La personnalité juridique c'est un statut commun et universel qui protège tous les caractères et les recouvre sans les contrôler.

-Sur l’État (appareil d'administration des choses et des hommes sous la contrainte publique). Qui manie cette force ? C'est le fait de pouvoir élire des représentants par le vote. On reste ici dans le seul fait empirique, sans se préoccuper d'une vague abstraction d'un sujet citoyen abstrait. L’État est donc composé de ses citoyens. Mais l’État, quand il parle s'adresse à tous, pas seulement aux citoyens parce que c'est la République, la *res publica* qui appartient à tous. L'homme d’État n'a pas le droit de confisquer la République à tous ou à certains parce que la République n'appartient pas à l'homme d’État mais elle vient du droit. Ce qui appartient à la République, c'est les sujets de droits. La personnalité juridique est universelle. Il y a aussi des biens, les biens publics qui appartiennent à l’État. Mais aussi des biens immatériels qui appartient aux sujets de droit dans leur liberté morale : éducation, religion, liberté d'aller et de venir, santé etc. Tout ça appartient nécessairement à tous, c'est chose publique, et pas qu'à l’État parce que ce sont des choses ontologiques. Il y a aussi et surtout la règle de traitement et d'échange de ces biens. Cette règle, c'est la parité dans la Constitution. Enfin, il y a des catégories sociale. Mais le fonctionnaire n'est pas une catégorie sociale.

2 derniers cours

Vérité relative à nous, … chemin de la vérité. Les Hommes ont besoin de se cacher derrière des apparences pour se rassurer. La position du juriste, posture sceptique, relativiste. Posture d’un homme qui respecte. Le juriste doit faire une conclusion il doit faire une vérité relative à la chose. Cela ne veut pas dire qu'il est guidé par la vérité absolue. C'est un chemin participatif, le plus proche du juriste c'est le philosophe, le scientifique. Mais différence car le philosophe peut continuer sa route sur sa réflexion alors que le juriste doit, lui, rendre une décision, donc ne peut plus continuer sa réflexion. = critère caricatural platonicienne. Mais c'est à Aristote qu'on doit la réhabilitation des juristes, des sophistes, il a montré que les juristes ne sont pas du politique, ils ne cachent pas la vérité, ils cherchent tout autant que les philosophe la vérité mais à la différence le juriste... dialectique et ? Le juriste n'a rien recherché d'absolu, il lui suffit une vérité d'adaptation qui est générale et universelle pour tirer des conclusions. D'où l'irruption qui fonde le droit romain, la culture générale. C'est l'art du discours au procès pour convaincre une population de gens populaires, de moyenne culture, et qui n’ont pas forcément la culture du droit. S'est développé en Grèce, la formation de l'éducation, c'est à dire une science qui inspire pour convaincre un tribunal d'hommes avant d'être juriste. La science n'est qu'un relais. Il s'agit de piégé celui qui mens ou celui qui trafic la vérité = interdit! Les premières écoles de droit qui date de l'antiquité, était des lieux ù enseignait des rhétoriciens (femme qui y enseignait). On apprenait l'écriture puis la définition, le lieu commun de droit. La langue grecque était la langue d'université, latin c'est la langue populaire. Japon pareille, langue différente du populaire à l'université. Il peut avoir un accord caricatural entre l'approche juridique et philosophique. Platonicien : le juriste est réhabilité comme le poète de la cité par les travaux d’Aristote des travaux qui portent sur réellement intermédiaire qui est la science des apparences. Cela est paradoxal que les catholiques se sont positionné ainsi car le philosophe occidental né des études platoniciennes car il y a un rapport à la réalité qui comporte un élément dont elle est la participation, qui est l'élément d'être. On part de ce rapport au réel, l'être. Tous les philosophes orientaux ont conservé un réalisme. Paltonisme : idéalisation au point de vue des savoir, le juriste passe pour un non sachant d'un point de vue philosophique. Sophiste philosophe conçurent de Platon.

Question philosophe : est-il ou n'est-il pas?  Alètic en grec c'est la vérité Est-ce que l’être je peux accéder à la connaissance de sa vérité? Je dis que la chose est ou elle n'est pas. Vous êtes ou n'être pas? On est existé si une personne pense à nous.  On peut regarder le droit en philosophie de science. On peut regarder ce qu'appeler les grecs l'épistémè qui était l'épistémologie. Il faut ensuite classer la science en disant que le juriste se rapproche du biologiste car il pratique des méthodes expérimentale dans certains cas/. C'est une connaissance au rattachement de la vérité juridique. C'est un classement du savoir. S’il s’agit de l’humain il est ou n’est pas? Personnalité juridique ou non? Ceci est un classement générale, pour le droit elle est universelle car ont dit que tous les vivant sont des sujet de droit, déjà philosophique car genre universelle humain. La deuxième c'est la valeur : le bien, le mal, c'est celui va déterminer l'éthique (discernement de valeur). Il s'agit donc ici de savoir la vérité perçu au dernier moment et ?? (Entre l’esprit et le devoir être, ce que la chose doit être par rapport à ce que je sais de la vérité). Existence, devoir être, fin. Il y a une pente vers le réalisme et l’idéalisme. Le réalisme, c'est notre culture depuis les temps moderne : je dois distinguer ce qu’il est de ce qu’il appartient. Donc je dois être métaphysique, allé au-delà des éléments qui compose sa nature de l'être. Le réalisme postule l'être comme la présence? C'est celui qui part, de la RES de la chose, sans prendre compte de l'apparence, du moins, allant plus loin que cela. Idéaliste : Il existe quelque chose hors de nous. Au lieu de se baser sur l’existence il faut se baser sur l’essence = abstraction de philosophe. L’existence on a la rapatrier au seconds temps pour ?? Qu’est ce qu’ 'est l’homme?

Question de la justice de la fin :

Cce qui est ou ce qui n’est pas. Qua est ce qui est bien. Dans un réalisme c’est une question qui peut se ramener à des questions avant : ex la fin de l’homme c'est qu’il soit comme il est : devient ce que tu es dans le respect dans une coexistence avec les autres. Si je sais qui est l’homme je sais ce qui est bien pour lui. La vérité suffit.  On peut pousser l’idéalisme jusqu’ à ce qu'allésait les anglais le immatérialisme : le monde extérieur dans ses qualité n’existe pas.

Morale moderne :

L' universalisation de la raison prescrit d'universalisé sa conduite. Est irrationnel tout comportement qui est à l'inverse de la pensée universelle. Défaut idéalisme... l’idéalisme a marqué ses traces. On a une reconquête ainsi du sens abstrait et du général de l’homme a dessus de tous ce qu’il l’a ? Cette reconquête s’ est ouverte au monde, humanisme d aujour hui, sur le plan international. Cette universalisation qui atteint le singulier atteint le particulier. Au 19ieme on a connu les droits universels, génération post 68 contre les droits de l’homme.