**Séance 2 (Partie 1) – Le Droit Comme Un Ordre Neutre (Théorie Juridique Moderne) : Définition, Nature Et Sources Du Droit**

[Video]

Le droit comme un ordre neutre (« L’ordre juridique ») = théorisation conventionnelle du droit

* Revendication générale associée à la vision du droit comme un ordre neutre : le droit est l’outil juste (légitime et efficace) pour gouverner la société ;
* Soutenu par les théories juridiques modernes, liées à la modernité, y compris les théories naturalistes et le positivisme juridique ;
* Implique une présomption d’objectivité et de neutralité (ce qui rend le droit légitime) (**Session 2**) + l’image d’un système clos, complet et hiérarchiquement ordonné (ce qui rend le droit efficace) (**Session 3**) = deux faces d’une même pièce.

**Le Droit Comme Objectivité Et Neutralité: Définition, Nature Et Sources Du Droit**

Le droit est scientifique, et c’est la raison pour laquelle il est légitime pour gouverner la société...

MAIS

…Diverses écoles de pensée, trouvant la source du droit à différents endroit, y compris : la raison (et ses variations), la législation (ainsi le droit est sa propre source !), la réalité sociale, l’histoire et la culture de chaque peuple national, ou le marché.

1. **La doctrine du droit naturel**

Le droit est trouvé via la **Raison**

= la raison de l’homme civilisé, orientée vers le respect des droits que tout homme a naturellement en tant qu’être humain.

⬄ Via la raison, la **nature humaine** peut être découverte et le droit doit la refléter pour être du droit…

MAIS

… il existe des versions radicales et modérées de cette école de pensée.

1. **Droit naturel radical (doctrine majoritaire)**

« *Non, la nature n’est pas cette plate positivité d’être, abandonnée aux savants; le droit n’est pas non plus cette autre (plate) positivité de devoir-être décidée par les autorités en place. C’est que l’être humain porte en lui un devoir-être qui s’impose immédiatement à autrui et que lui-même doit respecter à l’égard d’autrui. La nature est alliance d’être et de devoir-être dans la conscience de chaque être humain, promu ainsi gardien de la source du droit* » (X. Dijon, « Le regard du jusnaturaliste : la nature humaine, source du droit », in I. Hachez et al. (dir.), Les sources du droit revisitées, vol. 4, 2012, p. 860-861).

>< positivisme juridique (selon lequel le droit doit venir uniquement du législateur)

MAIS…

Évolution de la définition de la « nature humaine » => Voir le cours de « Droit naturel ».

Pour résumer et rester proche de la modernité, on peut identifier trois évolutions principales :

1. La tradition religieuse

< St. Thomas d’Aquin (13e siècle) – avant la modernité

⬄ Les valeurs chrétiennes reflètent la nature humaine

Ex. dans les Constitutions européennes contemporaines :

« Nous, la Nation polonaise – tous les citoyens de la République, tant ceux qui croient en Dieu comme source de vérité, de justice, de bien et de beauté, que ceux qui ne partagent pas cette foi mais respectent ces valeurs universelles comme découlant d'autres sources, (...) reconnaissants envers nos ancêtres (...) pour notre culture enracinée dans l'héritage chrétien de la Nation et dans les valeurs humaines universelles, (...) conscients de notre responsabilité devant Dieu ou notre propre conscience, établissons par la présente cette Constitution de la République de Pologne » (Constitution de la Pologne, 1997).

1. La tradition libérale

< Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau (17-18e siècles) - Modernité (Période des Lumières)

⬄ Les droits individuels sont universels ; ils n’appartiennent à aucune religion.

⬄ Théorie du contrat social : tous les humains naissent libres et égaux et décident de se rassembler dans un cadre politique, l’État, qui crée le droit de manière autoritaire mais qui respecte toujours les droits de l’homme.

Ex. dans les documents fondateurs des droits de l’homme :

« *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* » (Préambule de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (1789))

« *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité »* (Déclaration universelle des droits de l’homme (1948))

Ex. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 :

• Les droits moraux (droit naturel) > les droits institutionnels (droit positif) ;

• Les principes priment sur les règles (ex. la théorie de l’abus de droit peut compromettre l’application stricte d’une règle (ex. le droit de propriété et le dommage causé aux voisins)) ;

• La désobéissance civile n’est pas… une transgression légale ! (pensez à des exemples contemporains).

Ex. la compétence universelle des juridictions nationales pour les crimes les plus sérieux = crimes de guerre, crimes contre l’humanité, génocide (voir les conventions pertinentes de l’ONU)

Le principe de **compétence universelle** fait partie du droit pénal international, bien qu’il soit controversé.

Il prévoit une juridiction exceptionnelle d’un État sur des crimes contre le droit international même lorsque les crimes n’ont pas eu lieu sur le territoire de cet État (**juridiction territoriale**), et que ni la victime ni l’auteur ne sont des ressortissants de cet État (**juridiction personnelle**), lorsqu’un de ces crimes a été commis.

Quels sont les crimes les plus sérieux ?

« *[C]es crimes constituent des actes qui endommagent des intérêts internationaux vitaux ; ils nuisent aux fondements et à la sécurité de la communauté internationale ; ils violent les valeurs morales universelles et les principes humanitaires qui sous-tendent les systèmes de droit pénal adoptés par les nations civilisées. Le principe sous-jacent du droit international concernant de tels crimes est que l’individu qui en a commis un et qui, ce faisant, peut être présumé avoir pleinement compris la nature odieuse de son acte, doit rendre compte de sa conduite. […] Ces crimes entraînent une responsabilité pénale individuelle car ils remettent en cause les fondements de la société internationale et offensent la conscience des nations civilisées. […] [Ils] impliquent la commission d’un crime international que toutes les nations du monde sont intéressées à prévenir* » (Israël v. Eichmann, 36 *International Law Reports* 277, 291-93 (Cour suprême d’Israël, Israël v. Eichmann, 1962)) »

NB : Eichmann (un des principaux organisateurs de l’Holocauste) n’a pas été jugé lors du procès de Nuremberg mais a été retrouvé plus tard en Argentine et envoyé en Israël pour être jugé pour le génocide du peuple juif. Il a contesté la compétence d’Israël car il n’avait pas commis de crime en Israël. Mais la Cour a conclu qu’Israël avait une compétence universelle sur l’affaire car elle impliquait un crime des plus graves, en particulier un génocide, qui n’avait pas besoin de faire partie de la loi écrite pour être jugé et puni (cf. aucune convention internationale condamnant le génocide n’existait pendant la Seconde Guerre mondiale).

Ex. reconnaissance de la catégorie du **jus cogens**

⬄ principes fondamentaux du droit international qui sont considérés comme acceptés en tant que tels par la communauté internationale des États (ex. génocide, piraterie maritime, esclavage et traite des esclaves, torture)

* Il n'est pas possible pour les États de déroger à ces normes par un traité, même s'ils n'ont pas ratifié un traité obligeant au respect de ces principes.

Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n’est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Eg Tribunal de première instance de l'Union européenne, T-315/01 Kadi, EU:T:2005:332 :

« 225 Il doit donc être considéré que les résolutions du Conseil de sécurité en question relèvent, en principe, de l'exclusion du contrôle judiciaire du Tribunal, et que le Tribunal n'a pas le pouvoir de remettre en question, même indirectement, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière compatible avec les obligations des États membres en vertu de la Charte des Nations Unies.

226 Néanmoins, le Tribunal est habilité à vérifier, indirectement, la légalité des résolutions du Conseil de sécurité en question au regard du jus cogens, compris comme un ensemble de règles supérieures du droit international public contraignant tous les sujets du droit international, y compris les organes des Nations Unies, et dont aucune dérogation n'est possible.  
(…)

230 Le droit international permet ainsi de conclure qu'il existe une limite au principe selon lequel les résolutions du Conseil de sécurité sont contraignantes : elles doivent respecter les dispositions fondamentales impératives du jus cogens. Si ce n'est pas le cas, aussi improbable que cela puisse être, elles ne lieraient ni les États membres des Nations Unies ni, par conséquent, la Communauté.

231 Le contrôle judiciaire indirect exercé par le Tribunal dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire adopté, sans qu'aucune discrétion puisse être exercée, en vue de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité peut donc, de manière très exceptionnelle, s'étendre à la détermination de la conformité aux règles supérieures du droit international relevant du jus cogens, en particulier les dispositions obligatoires concernant la protection universelle des droits de l'homme, dont ni les États membres ni les organes des Nations Unies ne peuvent déroger, car elles constituent des « principes intransgressibles du droit coutumier international » (Avis consultatif de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996, La légalité de la menace ou de l'utilisation d'armes nucléaires, Rapports 1996, p. 226, paragraphe 79 ; voir aussi, dans ce sens, l'Opinion de l'Avocat général Jacobs dans Bosphorus, paragraphe 189 ci-dessus, paragraphe 65). »

NB : L'affaire Kadi concernait un règlement adopté par le Conseil de l'UE gelant les avoirs d'individus et d'entreprises considérés comme étant liés à Al-Qaïda. Le règlement lui-même a été adopté pour mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU au niveau de l'UE. Kadi (qui était inscrit parmi les individus concernés dans la résolution) a contesté le règlement de l'UE devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

La CJUE a conclu qu'elle ne pouvait pas vérifier la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU mais qu'elle pouvait vérifier la légalité d'un règlement de l'UE mettant en œuvre une résolution qui refléterait le jus cogens.

1. La tradition écologique

< Thomas Berry, Polly Higgins, Comac Cullinan (20-21e siècles) – Post-modernité ?

**⬄** Le droit n'est juste et légitime que s'il respecte l'écosystème, à l'échelle mondiale.

***Earth Jurisprudence*** = philosophies du droit et de la gouvernance qui cherchent à guider les humains à se comporter de manière à contribuer à l'intégrité, au fonctionnement sain, à la beauté et à l'évolution continue de la communauté de la vie connue sous le nom de « Terre ». Cette approche vise à promouvoir l'épanouissement de la communauté terrestre et une « relation mutuellement bénéfique entre l'homme et la Terre », plutôt que sa soumission et son exploitation par l'humanité.

**< *Ecological jurisprudence*** = tendance mondiale contemporaine au sein de la théorie et de la pratique juridiques rejetant les hypothèses anthropocentriques qui sous-tendent traditionnellement une grande partie des traditions juridiques dominantes des quelques derniers siècles.

* Droits de la nature et initiatives de personnalité juridique environnementale, écocide

⬄ Dialogue avec les traditions juridiques autochtones et non occidentales  
**⬄** L'écocide devrait être un « crime de base » en droit international (P. Higgins)

Ex. Loi du 29 février 2024, nouveau Code pénal (qui entrera en vigueur en avril 2026)

**Art. 94. Le crime d'écocide**  
§ 1er. Le crime d'écocide, tel que défini ci-après, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est réprimé conformément aux dispositions du présent titre.  
Le crime d'écocide consiste à commettre délibérément, par action ou par omission, un acte illégal causant des dommages graves, étendus et à long terme à l'environnement en sachant que cet acte cause de tels dommages, pour autant que cet acte constitue une infraction à la législation fédérale ou à un instrument international qui lie l'autorité fédérale ou si l'acte ne peut pas être localisé en Belgique.  
Aux fins de l'alinéa 2, l'on entend par :  
a) dommage grave : les dommages qui entraînent des changements, perturbations ou atteintes négatifs hautement préjudiciables à une quelconque composante de l'environnement, y compris des répercussions substantielles sur la vie ou la santé humaine, sur la biodiversité ou sur les ressources naturelles, culturelles ou économiques pour la société ;  
b) dommage étendu : les dommages qui s'étendent au-delà d'une zone géographique limitée, qui traversent les frontières d'une région ou d'un État ou qui sont subis par un écosystème entier ou une espèce entière ou un nombre important d'êtres humains ;  
c) dommage à long terme : les dommages qui sont irréversibles ou qui ne peuvent être réparés par régénération naturelle dans un délai raisonnable ;  
d) environnement : la terre, ses écosystèmes, sa biosphère, sa cryosphère, sa lithosphère, son hydrosphère, son atmosphère, ainsi que l'espace extra-atmosphérique.  
§ 2. Ce crime est puni d'une peine de niveau 6.

**⬄** L'écocide est reconnu comme un crime grave, de niveau six sur une échelle de pénalité à huit niveaux (jusqu'à 20 ans de prison) - mais pas en tant que crime international principal (inclus dans le titre II et non dans le titre I du Code).

Pouvez-vous penser à d'autres exemples ?

1. **Droit naturel modéré**

**⬄** Le droit positif et le droit naturel se rencontrent.

1. Du côté du droit naturel

Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1964) :

Fuller soutient que le différend entre le droit positif et le droit naturel est vain. Au contraire, selon lui, l'expérience montre qu'un système juridique fonctionne bien lorsqu'il empêche l'adoption de lois immorales (>< système nazi).

* 8 exigences = Généralité – Publicité (accessibilité) – Non-rétroactivité (prévisibilité) – Clarté (précision) – Cohérence (entre les règles) – Réalisme – Constance – Congruence (entre les règles annoncées et leur administration réelle)

Ex. la condition « prescrite par la loi » des Art. 8-11 de la CEDH, qui fait partie du test de proportionnalité (v. plus loin dans le cours):

Voir CtEDH, *Sunday Times v. UK*, 26 avril 1979 : « À l'avis de la Cour, deux des exigences qui découlent de l'expression "prescrite par la loi" sont les suivantes. Premièrement, la loi doit être adéquatement accessible : le citoyen doit être en mesure d'avoir une indication qui est adéquate dans les circonstances des règles juridiques applicables à un cas donné. Deuxièmement, une norme ne peut être considérée comme une "loi" à moins qu'elle ne soit formulée avec une précision suffisante pour permettre au citoyen de réguler sa conduite : il doit être capable - si besoin est avec des conseils appropriés - de prévoir, dans une mesure raisonnable compte tenu des circonstances, les conséquences qu'une action donnée peut entraîner. Ces conséquences n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience montre que cela est inaccessibile. De même, bien que la certitude soit hautement souhaitable, elle peut entraîner une rigidité excessive et la loi doit être capable de suivre l'évolution des circonstances. Par conséquent, de nombreuses lois sont inévitablement formulées en termes qui, dans une plus ou moins grande mesure, sont vagues et dont l'interprétation et l'application sont des questions de pratique. »

1. Du côté du droit positif :

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961:

Herbert Hart soutient que :

* Il existe des « lois naturelles » au sens de « lois scientifiques d'observation », par ex. la gravité ;
* Certaines de ces lois s'appliquent à l'humanité et découlent d'une loi primaire selon laquelle le but principal de l'humanité est la survie.
* Un « contenu minimum de droit naturel » peut être trouvé à l'origine de tout ordre juridique:
* La **vulnérabilité humaine**, qui entraîne une restriction de l'utilisation libre de la violence ;
* L'**égalité approximative**, qui à nouveau, restreint l'utilisation de l'agression ;
* L'**altruisme limité**, qui nécessite des systèmes de tolérance mutuelle ;
* Les **ressources limitées**, qui nécessitent un certain système de propriété (mais les ontologies autochtones nous enseignent qu'une utilisation limitée des ressources peut être imposée par autre chose que la propriété !) ;
* La **compréhension limitée** et la **force de la volonté**, qui nécessitent une certaine forme de sanctions pour les comportements inconsidérés, car ils se produisent.

**II. La doctrine positiviste**

**A. Évolution historique**

1. 18e siècle : Montesquieu, Beccaria et la peur de l'activisme judiciaire

• Le juge « bouche de la loi » :

« *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C’est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l’est encore dans celle-ci ; c’est à son autorité suprême à modérer la loi, en faveur de la loi-même, en prononçant moins rigoureusement qu’elle* » (Charles-Louis de Montesquieu, *L’Esprit des lois*, Paris, Garnier, 1777, Liv. XI, Chap. VI, p. 327).

⬄ On suppose que le Parlement produit des normes qui couvrent toutes les situations possibles.

• Interprétation abolie :

« *Rien n’est plus dangereux que l’axiome commun selon lequel il faut consulter l’esprit de la loi. C’est dresser une digue bientôt rompue par le torrent des opinions* » (Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764).

• Le syllogisme judiciaire :

« *En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure est l’acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l’acquittement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d’un seul, c’est la porte ouverte à l’incertitude* » (Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764)

Ex :

Majeure = la loi punit le meurtre de 30 ans d’emprisonnement.

Mineure = M. X a tué sa femme.

Conclusion = M. X sera puni de 30 ans d’emprisonnement.

1. 19e siècle – L'École Exégétique et le Code civil français

< Adoption du Code Napoléon pour unifier le pays au-delà de la division médiévale du territoire : pour mettre le pouvoir de légiférer entre les mains du chef de l'État, il doit y avoir une réponse claire et précise à toute question juridique.

=> L'École Exégétique :

Le droit est une science qui se présente « *comme une discipline analogue à la fois à la théologie et aux mathématiques : à la* ***théologie*** *parce qu’elle cherch[e] la révélation du juste dans la Loi, comme la théologie cherche celle des vérités de foi dans l’Ecriture sainte, aux* ***mathématiques*** *parce que sa méthode [est] comme la leur essentiellement déductive* » (Léon Husson, « Analyse critique de la méthode de l’exégèse », Archives de philosophie du droit, 1972, p. 120).

1. 20e siècle : Le textualisme du juge Scalia

« *La théorie de l’****originalisme*** *traite une constitution comme une loi, et lui donne le sens que ses mots étaient compris à l’époque où ils ont été promulgués. Vous l’entendrez parfois décrite comme la théorie de l’intention originale. Vous ne m’entendrez jamais faire référence à l’intention originale, parce que, comme je le dis, je suis d'abord un* ***textualiste****, et ensuite un originaliste. Si vous êtes un textualiste, vous ne vous souciez pas de l’intention, et je ne me soucie pas si les rédacteurs de la Constitution avaient un sens secret en tête quand ils ont adopté ses mots. Je prends les mots tels qu’ils ont été promulgués au peuple des États-Unis, et quel est le sens assez compris de ces mots*. » (J. Scalia, “A Theory of Constitution Interpretation”, 1996)

Connaissez-vous des exemples de textualisme ou d’originalisme dans la jurisprudence récente ?

**B. Illustrations**

1. L'opinion dissidente de Scalia dans *Roper v Simmons*, 543 US (2005)

NB : Cour suprême des États-Unis : le jugement de la cour (= la décision majoritaire) + opinions dissidentes et concordantes (= décisions minoritaires)

La Cour a décidé que la peine de mort pour les mineurs n'était plus acceptée, sur la base du Huitième Amendement de la Constitution, qui stipule que : « Aucune caution excessive ne sera exigée, ni amendes excessives imposées, ni peines cruelles et inhabituelles infligées. »

Scalia a dissenti :

« *En exhortant à l'approbation d'une constitution qui donnait à des juges à vie le pouvoir d'annuler des lois adoptées par les représentants du peuple, Alexander Hamilton [qui est l'un des Pères Fondateurs] avait en tête une magistrature traditionnelle, « liée par des règles strictes et des précédents qui servent à définir et à indiquer leur devoir dans chaque cas particulier qui se présente à eux ». La Cour aujourd’hui se moque de l'attente de Hamilton, annonçant la que le sens de notre Constitution a changé au cours des 15 dernières années, non, je le précise, que la décision de cette Cour il y a 15 ans était incorrecte, mais que la Constitution a changé. La Cour atteint ce résultat peu plausible en prétendant s’adresser, non au sens original du Huitième Amendement, mais aux « normes évolutives de décence » de notre société nationale. Elle trouve alors, sur les bases les plus fragiles, qu'un consensus national qui ne pouvait être perçu dans les lois de notre peuple à peine 15 ans auparavant existe maintenant solidement. Pire encore, la Cour déclare en termes si clairs que ce que les lois de notre peuple disent sur la question n’a, en dernière analyse, pas d’importance : « [À] la fin, notre propre jugement sera apporté à la question de l’acceptabilité de la peine de mort en vertu du Huitième Amendement. » La Cour se proclame ainsi seul arbitre des normes morales de notre Nation et, dans le cadre de l’accomplissement de cette énorme responsabilité, prétend prendre conseil auprès des vues des cours et des législatures étrangères. Parce que je ne crois pas que le sens de notre Huitième Amendement, pas plus que le sens d'autres dispositions de notre Constitution, devrait être déterminé par les vues subjectives de cinq membres de cette Cour et des étrangers qui pensent comme eux, je dissent.* »

⬄ Illustration du textualisme, de l'originalisme et de l'exceptionnalisme américain (voir plus tard dans le cours)… donc Scalia dit qu'il est un textualiste, mais il est également un originaliste lorsque cela correspond à sa position juridique, semble-t-il.

1. La doctrine de l’acte clair en droit de l’UE

= Les juridictions des États membres de l'UE peuvent s'abstenir de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour interpréter le droit de l'UE lorsque le texte du droit de l'UE est suffisamment clair.

Expliqué dans CJEU, C-283/81 CILFIT, EU:C:1982:335, 6 octobre 1982 :

• Clarté présumée…

« 16. Enfin, l'application correcte du droit communautaire peut être si évidente qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable quant à la manière dont la question soulevée doit être résolue. Avant d'en arriver à la conclusion que tel est le cas, le tribunal national ou la juridiction doit être convaincu que la question est également évidente pour les juridictions des autres États membres et pour la Cour de justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que le tribunal national ou la juridiction peut s'abstenir de soumettre la question à la Cour de justice et prendre sur elle la responsabilité de la résoudre. »

• … mais pas aveuglément.

« 17. Toutefois, l'existence d'une telle possibilité doit être évaluée sur la base des caractéristiques propres du droit communautaire et des difficultés particulières auxquelles son interprétation donne lieu.

18. D’abord, il faut garder à l'esprit que la législation communautaire est rédigée dans plusieurs langues et que les différentes versions linguistiques sont toutes également authentiques. Une interprétation d'une disposition du droit communautaire implique donc une comparaison des différentes versions linguistiques.

19. Il faut également garder à l'esprit que, même lorsque les différentes versions linguistiques sont entièrement conformes entre elles, le droit communautaire utilise une terminologie qui lui est propre. En outre, il faut souligner que les concepts juridiques n'ont pas nécessairement la même signification dans le droit communautaire et dans le droit des différents États membres.

20. Enfin, chaque disposition du droit communautaire doit être placée dans son contexte et interprétée à la lumière des dispositions du droit communautaire dans son ensemble, en tenant compte de ses objectifs et de son état d'évolution à la date à laquelle la disposition en question doit être appliquée. »

**III. Mouvement de la « réalité sociale »**

1. France et Belgique, 19e siècle

François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899

* + « La libre recherche scientifique » (également utilisée par : Paul Vander Eycken ; Henry De Page ; Procureur général Paul Leclercq)

⬄ La **législation** est toujours insuffisante pour résoudre les litiges. Le juge doit clairement identifier les **intérêts en jeu** dans une affaire spécifique et équilibrer ces intérêts pour prendre la meilleure décision.

< Etude de la **société** à un moment et à un endroit donnés.

>< École exégétique

1. Illustrations

• L’extension de la doctrine de l’**abus de droit** au fil du temps

* Le titulaire du droit utilise son droit dans le seul but de nuire à un tiers (Cass., 11 avril 1958, Pas. 1958, I, p. 867) ;
* Face à des usages également profitables, le titulaire du droit choisit le plus nuisible pour les tiers (Cass., 16 janvier 1986, Pas. 1986, I, p. 602) ;
* Une analyse Coût/bénéfice révèle un déséquilibre dans l'impact sur le titulaire du droit et les intérêts du tiers (Cass., 15 mars 2002, J.T. 2002, p. 814 ; Cass. 17 mai 2002, J.T. 2002, p. 694).

• Le test de proportionnalité

Dans le domaine des droits humains, certains droits peuvent être compromis sans que cela ne constitue une violation de ces droits, lorsque cela est requis par la protection d'autres droits ou de l'intérêt général.

=> Plusieurs exigences doivent être remplies pour que l'interférence soit légale.

Ex. : Articles 8 à 11 de la CEDH - DOUBLE test triple - La mesure d'interférence doit être :

1. **Prescrite par la loi** ;
2. Poursuit un **objectif légitime** : protection de la sécurité publique, de l'ordre public, de la santé ou de la morale, ou des droits et libertés d'autrui ;
3. **Nécessaire dans une société démocratique** = test de proportionnalité au sens large

a) approprié/ adapté

b) nécessaire (y avait-il une autre façon d'atteindre le résultat qui aurait été moins ou pas intrusive sur le droit en question ?)

c) Test de proportionnalité au sens strict (le bénéfice généré par la mesure est-il plus important que les coûts ?).

**IV. Le mouvement « nationaliste »**

1. L'école allemande, 19e siècle

⬄ Hugo, Savigny, Grimm, Puchta : Le droit se trouve dans le *Volksgeist* = l'esprit de la **nation**, qui est une entité **culturelle**.

>< l'hypothèse de droit naturel selon laquelle il existe des « principes universels » à découvrir par l'exercice de la raison.

=> La principale source de droit est la **coutume** ; les lois sont là pour formaliser, protéger, compléter, accompagner, potentiellement élever ce « droit vulgaire » ; elles ne peuvent pas le remplacer, l'effacer au simple caprice des pouvoirs en place.

>< positivisme

1. Illustrations

• La doctrine de l'exceptionnalisme et le recours aux jugements étrangers

« *La position des Américains est donc tout à fait exceptionnelle, et l'on peut croire qu'aucun peuple démocratique ne sera jamais placé dans une situation similaire. Leur origine strictement puritaine, leurs habitudes exclusivement commerciales, même le pays qu'ils habitent, qui semble détourner leur esprit de la poursuite des sciences, de la littérature et des arts, la proximité de l'Europe, qui leur permet de négliger ces poursuites sans retomber dans le barbarisme, mille causes particulières, dont je n'ai pu qu'indiquer les plus importantes, ont singulièrement contribué à fixer l'esprit de l'Américain sur des objets purement pratiques. Ses passions, ses besoins, son éducation et tout ce qui le concerne semblent s'unir pour tirer le natif des États-Unis vers la terre ; sa religion seule lui ordonne de tourner, de temps à autre, un regard transitoire et distrait vers le ciel. Cessons donc de considérer toutes les nations démocratiques sous l'exemple du peuple américain* » (A. de Tocqueville, *Democracy in America,* 1835).

⬄ Le sentiment américain d'être exceptionnel, meilleur.

* + Réticence des juges de la Cour suprême à s'inspirer des jugements étrangers lors de l'interprétation de sa Constitution…

« *Si vous parlez d'utiliser [le droit étranger pour interpréter] le droit constitutionnel, vous savez, c'est bien de savoir que nous sommes sur la bonne voie, que nous avons le même cadre moral et juridique que le reste du monde. Mais nous n'avons pas le même cadre moral et juridique que le reste du monde, et nous ne l'avons jamais eu. Si vous disiez aux rédacteurs de la Constitution que ce que nous recherchons, c'est de faire quelque chose qui sera exactement comme en Europe, ils seraient horrifiés. Et si vous lisez les Federalist Papers, c'est plein de déclarations qui montrent très clairement que les Pères fondateurs n'avaient pas beaucoup de respect pour de nombreuses règles dans les pays européens. Madison, par exemple, parle avec mépris des pays du continent européen, citant « ceux qui ont peur de laisser leur peuple porter des armes » »* (Justice Scalia dans un débat avec Justice Breyer sur le droit étranger (2005), <http://www.freerepublic.com/focus/f-%20news/1352357/posts>)

* + … mais pas toujours.

« *Notre détermination que la peine de mort est une punition disproportionnée pour les délinquants de moins de 18 ans trouve confirmation dans la réalité brutale que les États-Unis sont le seul pays au monde qui continue à donner un soutien officiel à la peine de mort juvénile. Cette réalité ne devient pas déterminante, car la tâche d'interpréter le Huitième Amendement reste notre responsabilité. Pourtant, au moins depuis la décision de la Cour dans Trop, la Cour a fait référence aux lois d'autres pays et aux autorités internationales comme instructives pour son interprétation de l'interdiction du Huitième Amendement contre les « peines cruelles et inhabituelles ». 356 U.S., à 102—103 (opinion de la pluralité) (« Les nations civilisées du monde sont en virtual unanimité que l'apatridie ne doit pas être imposée comme punition pour un crime ») ; voir également Atkins, supra, à 317, n. 21 (reconnaissant que « au sein de la communauté mondiale, l'imposition de la peine de mort pour des crimes commis par des délinquants mentalement retardés est massivement désapprouvée ») ; Thompson, supra, à 830—831, et n. 31 (opinion de la pluralité) (notant l'abolition de la peine de mort juvénile « par d'autres nations qui partagent notre héritage anglo-américain, et par les principaux membres de la communauté occidentale européenne », et observant que « nous avons précédemment reconnu la pertinence des points de vue de la communauté internationale pour déterminer si une punition est cruelle et inhabituelle ») ; Enmund, supra, à 796—797, n. 22 (observant que « la doctrine du meurtre au cours d'un délit a été abolie en Angleterre et en Inde, sévèrement restreinte au Canada et dans un certain nombre d'autres pays du Commonwealth, et est inconnue en Europe continentale ») ; Coker, supra, à 596, n. 10 (opinion de la pluralité) (« Il n'est pas sans rapport ici que sur 60 grandes nations dans le monde sondées en 1965, seules 3 ont maintenu la peine de mort pour le viol sans qu'il y ait eu mort »). (…) Au fil du temps, d'une génération à l'autre, la Constitution a fini par gagner le grand respect et même, comme Madison l'espérait, la vénération du peuple américain. Voir The Federalist No. 49, p. 314 (C. Rossiter ed. 1961) […] L'une des principales raisons pour lesquelles nous honorons la Constitution est que nous savons qu'elle nous appartient. Reconnaître l'affirmation explicite de certains droits fondamentaux par d'autres nations et peuples ne diminue en rien notre fidélité à la Constitution ni notre fierté envers ses origines, mais souligne plutôt la centralité de ces mêmes droits au sein de notre propre patrimoine de liberté."* (Opinion du juge Breyer pour la majorité dans l'affaire *Roper v. Simmons* (543 US 551, 2005).

• L'identité constitutionnelle des États membres comme limite à la doctrine de primauté de la CJUE

Selon la Cour suprême allemande, les Allemands ont leur propre vision de la démocratie et des droits de l'homme, qui doit être reflétée dans le droit de l'UE, pour que le droit de l'UE soit appliqué en Allemagne par rapport au droit allemand.

• Le test de proportionnalité de la CEDH et la « marge d'appréciation » des États pour décider si la mesure nationale est « nécessaire dans une société démocratique »

« *En raison de leur contact direct et continu avec les forces vitales de leurs pays, les autorités étatiques sont en principe mieux placées que le juge international pour donner un avis sur le contenu exact de ces exigences ainsi que sur la "nécessité" d'une "restriction" ou d'une "sanction" destinée à y répondre.* » (CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976)

= Premier cas où la CEDH s'est appuyée sur le critère de la « marge d'appréciation », selon lequel chaque État se voit accorder un certain degré de liberté pour déterminer quelle mesure est proportionnée, c'est-à-dire « nécessaire dans une société démocratique ».

* Cas de la liberté d'expression (article 10 CEDH) ;
* Richard Handyside a acheté les droits britanniques d'un livre visant à éduquer les adolescents sur la sexualité (y compris des sous-sections sur des sujets tels que la masturbation, la pornographie, l'homosexualité, l'avortement, etc.) ;
* Condamné pour possession de publications obscènes en vertu de la loi sur les publications obscènes, et distribution du livre interdite ;
* CtEDH : test de proportionnalité : prescrit par la loi, objectif légitime de protection des mineurs (moralité), nécessaire dans une société démocratique => marge d'appréciation.

**V. Analyse économique du droit**

1. École de Chicago, 20e siècle

« *Il y a aujourd'hui aux États-Unis une pénurie aiguë de bébés à adopter. Les symptômes classiques de la pénurie sont présents : de longues files d'attente, les couples devant attendre jusqu'à sept ans pour un bébé ; et un marché noir florissant (…) Si un marché de bébés était autorisé à fonctionner, le prix tomberait en dessous du niveau du marché noir (…), l'offre de bébés s'élargirait et la société serait plus riche. Les opposants à la légalisation de la vente de bébés ont avancé une série d'arguments économiques, liés à la fraude, à la contrainte et aux externalités (par exemple, l'effet psychologique sur les bébés d'avoir été achetés), mais ces arguments sont peu solides et peu convaincants. Pour l'économiste engagé dans la maximisation du bien-être comme son principe normatif, cela met fin à l'analyse : un marché des bébés raisonnablement efficace est réalisable et est de loin préférable au système actuel qui combine allocation non marchande et allocation de marché noir.* » (R. Posner, « Utilitarisme, économie et théorie juridique », 8 J. Leg. Stud. 103 1979).

⬄ R. Coase, R. Posner, F. Easterbrook, R. Epstein

= Le droit doit être adopté et évalué en fonction de concepts économiques, en particulier :

< Les **agents individuels** sont intéressés par leurs propres intérêts, rationnels et averses au risque

⬄ Les gens cherchent à maximiser leurs propres intérêts ;

⬄ Ils prennent des décisions basées sur une analyse coût/bénéfice rationnelle ;

⬄ La plupart des gens préfèrent ne pas prendre de risques.

* + Les droits et obligations doivent viser à satisfaire l'intérêt des agents pour être contraignants.

Ex. Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, *Sturges c. Bridgman* (1879) LR 11 Ch D 852 :

« *Avec des transactions de marché sans coût, la décision des tribunaux concernant la responsabilité pour dommages serait sans effet sur l'allocation des ressources* ».

Un médecin construit un cabinet dans son jardin, gagnant 500 dollars par mois ; Son voisin fabrique des bonbons dans son usine pour 350 dollars par mois ; Le médecin décide d'aller en justice pour obtenir une injonction empêchant le voisin d'utiliser son usine parce qu'elle fait trop de bruit ; L'affaire s'est terminée par la victoire du médecin, ce qui est juste d'un point de vue économique.

< Le **marché économique doit être libre**, car cela conduit à une allocation optimale des ressources ;

* + R. Coase, « le problème du coût social », Journal of Law and Economics, Vol. 3 (1960), pp. 1-44 : les décisions des tribunaux doivent être économiquement solides pour être respectées par les parties.

1. Illustrations

• Dans le droit de la concurrence de l'UE, pour démanteler les cartels en déclenchant la dénonciation des cartels par leurs membres, et plus généralement dans le droit américain pour contraindre les entreprises multinationales à respecter le droit américain : Transactions et clémence pour les tiers ou parties dénonçant les violations de la législation.

Voir A. Garapon & P. Servan-Schreiber, *Deals de justice*, 2013

* Les autorités réglementaires américaines suivent les pratiques de corruption, de blanchiment d'argent, d'évasion fiscale, de contournement des sanctions internationales parmi les entreprises transnationales.
* Si cela est prouvé, cela peut entraîner des sanctions considérables : procès longs, accusations personnelles, sanctions astronomiques et, plus sérieusement, atteinte à la réputation de l'entreprise.
* Il est donc souvent préférable de coopérer : l'entreprise soupçonnée doit alors s'abstenir de se défendre devant le tribunal, effectuer des enquêtes internes approfondies, payer des amendes colossales et mettre en place des processus de conformité lourds et désignés => **elle achète la paix avec les autorités américaines**.
* Cette « justice sans justice » n'a-t-elle pas le mérite de l'« efficacité » ? Ne préfigure-t-elle pas également un nouveau mode de réglementation mondiale ? N'annonce-t-elle pas un nouveau régime d'obéissance mondialisée où chacun – sujet ou entreprise – **est invité à être le juge et le dénonciateur de lui-même** ?