



Introduction au droit

Cours du lundi

Basé sur le cours de la prof. Manai

2008-2009

I – Le titre préliminaire du CC.

C'est le premier chapitre du CC, composé de 10 articles.

1. Le CCS : quelques jalons historiques

Le CCS vient du XIXe, qui est la période de la codification des lois en Europe (il est entré en vigueur en 1907, le premier Code, le Code Napoléon, date de 1804). Il est composé de cinq parties : les personnes, la famille, les successions, les droits réels ; la cinquième partie est le CO.

Il a subi de nombreuses modifications, et continue d'être révisé.

En plus des 5 parties, on trouve un titre préliminaire, et un titre final (qui fixe les dispositions transitoires, et permet l'adaptation de la loi). Ces deux titres n'ont jamais été retouchés et ont plus d'un siècle.

L'auteur du CC est Eugen Huber (ZH), qui reçoit le mandat du DFJP d'élaborer le CC en 1892. Il a déjà produit de nombreuses publications, et est à des connaissances en droit cantonal.

2. Pourquoi un titre préliminaire ?

Pour commencer le CC, on pouvait utiliser une partie générale (applicable à toutes les institutions, comme en France) ou un titre préliminaire.

Le choix du titre préliminaire vient du fait que les cantons n'ont pas de partie générale dans leurs codes, et y sont opposés. De plus, le CO a déjà une partie générale ; l'art. 7 CC permet de faire le lien entre celle-ci et le CC.

Le titre préliminaire donne un mode de fonctionnement et d'application, alors qu'une partie générale donne des définitions.

3. Un droit accessible à tous

Le titre préliminaire doit être clair, donc concis et systématique, car il doit être mis en œuvre par tous.

C'est pour cela que les articles sont brefs (moins de 3 alinéas).

La systématique se retrouve dans l'usage de 5 lettres (A-E (Art. 1 ; 2-3-4 ; 5-6 ; 7 ; 8-9-10)) avec des chiffres romains et des notes marginales.

La mise en œuvre du droit par ses sujets nécessite des moyens de preuve, le titre préliminaire les définit.

4. Un droit ouvert à la société

Le titre préliminaire doit être suffisamment souple pour s'adapter aux changements du droit, car celui-ci est appelé à durer et à évoluer.

Pour permettre cette souplesse, le juge dispose de compétences étendues d'interprétation, d'appréciation et de création de droit (le CCS est le seul qui permette la création de droit par le juge). Il est donc l'intermédiaire entre la loi et le cas, car tout le droit n'est pas contenu dans la loi.

5. Un droit qui encadre la liberté

La liberté est fondamentale, mais elle doit être limitée pour ne pas nuire. A cette fin, le CC prévoit que le droit doit toujours être utilisé conformément à la bonne foi, et interdit l'usage abusif d'un droit (2 II CC, article spécifique au CCS et considéré comme un «joyau»).

Conclusion

Le titre préliminaire est bref, mais il contient les principes fondamentaux applicables en droit suisse et les mécanismes conceptuels permettant la vitalité du droit, ce qui lui a permis de rester inchangé jusqu'à nos jours.

II – Le raisonnement juridique

1. Le raisonnement syllogistique

Il est utilisé dans la dissertation juridique (abstrait, sans relation avec un cas pratique) et dans les cas pratiques (concret, trouver une solution à un problème juridique existant).

Un texte juridique est composé d'une introduction, d'un développement et d'une conclusion. L'introduction contient la question juridique (qui doit être correctement formulée, faute de quoi l'application du droit sera mauvaise, ou le raisonnement ira trop ou pas assez loin), la conclusion contient sa réponse (il faut toujours vérifier qu'elle réponde à la question posée).

Si la question est déjà formulée, on peut passer directement au raisonnement, il faut répondre à la question, rien que et toute la question, le superflu est faux. Sinon, on doit recourir à un raisonnement préalable pour la formuler, ce qui nécessite une bonne connaissance du droit. La question (Quid Iuris ? – Que dit le droit ?) se pose souvent sous la forme :

Wer Will Von Vem Was Woraus ? – Qui veut de Qui Quoi sur Quelle base ?

Cette question indique les parties (particulier, autorité...), la prétention (demande de subvention, de permis, d'annulation...) et la base légale (une demande doit toujours être fondée sur du droit, codes, constitution, ordonnances...)

Le syllogisme juridique se présente sous la forme suivante :

Majeure	Mineure	Conclusion
Tous les hommes sont mortels	Socrate est un homme	Socrate est mortel
La règle de droit, qui doit pouvoir s'appliquer à la question	Les faits et la subsumption	La réponse à la question juridique
Condition(s) Conséquence(s)	Vérification des conditions (subsumption : «placer» les faits «sous» la règle de droit	La (les) conséquence(s) s'applique(nt) ou non
Si ... Alors	En l'espèce	Donc

Souvent, un seul syllogisme ne suffit pas, il faut décomposer la question en sous-questions, qui nécessiteront chacune un syllogisme.

Le raisonnement juridique, la pesée des intérêts et le raisonnement par analogie

1. Quand faut-il recourir à une pesée des intérêts ? Ex. pp 127-128, 137-138

Dans le 1^e exemple, une dispense de piscine pour des filles musulmanes, plusieurs droits fondamentaux sont en cause, et la même majeure peut donner lieu à plusieurs conclusions. La pesée des intérêts permet de résoudre le conflit de la majeure entre ces droits équivalents.

Les intérêts qui s'opposent sont la liberté de conscience et de croyance (15 Cst.), l'égalité homme-femme (8 Cst.) et l'intérêt public : les enfants doivent recevoir une éducation physique satisfaisante. Le TF accorde la dispense.

Dans le 2^e exemple, un changement de nom, La majeure contient une notion indéterminée, les «justes motifs», qu'il convient d'explicitier.

Les intérêts en présence sont : celui du défendeur au changement de nom, celui des demandeurs l'atteinte qu'ils subiraient. Le TF accepte les justes motifs et le changement de nom.

2. La notion d'intérêt

La notion d'intérêt vise le choix, la valeur qui sous-tend la loi. Dans le cas de la transplantation d'organes, on oppose le respect de la volonté de la personne décédée à l'intérêt du receveur à la vie ou à la santé. Le législateur a donné la préférence au premier.

Rudolf von Ihering, le professeur d'Eugen Huber, disait que «Les droits sont des intérêts juridiquement protégés».

L'école de Interessenjurisprudenz (Allemagne, XIXe) estime que tout raisonnement juridique est une pesée des intérêts. Elle critique le syllogisme car il est purement déductif, alors que le raisonnement nécessite argumentation et pondération.

3. Méthode

- Mise en évidence des intérêts antagonistes
- Identification de celui que la loi veut protéger (subsomption)
- Pondération des intérêts (par les justes motifs, l'intérêt légitime...)
- Prise de la décision, qui est un choix parmi plusieurs options possibles.

Dans le 1^e exemple : les parents sont compétents en matière religieuse, que la fille suivra des cours de natation privé, l'organisation de l'école n'est pas perturbée et le risque de conflit parents-école se fera au détriment de l'enfant ; le TF accorde la dispense.

Dans le 2^e exemple : Le patronyme est rare, et il est chargé de prestige et d'histoire, mais le défendeur est un «fils spirituel» de cette dame, et il porte le nom depuis de nombreuses années ; Le TF rejette le recours et accorde le changement de nom.

4. Le raisonnement par analogie (ex. p 140-141)

On l'utilise dans le cas où une base légale ne correspond pas à un état de fait, mais qu'elle traite un sujet proche (qui n'est pas prévu explicitement par une autre base légale). Comme les situations sont semblables, il faut appliquer le même traitement, sinon on violerait le principe d'égalité.

L'analogie est un raisonnement comparatif : Ubi eadem ratio, ibi ius (s'il y a la même raison, le même droit s'applique).

La méthode est :

- Un problème n'est pas réglé par le droit
- Il ressemble à une autre situation qui, elle, est réglée (Ubi)
- Les deux situations présentent des similitudes et des convergences (eadem ratio)
- La conséquence est transposée (ibi ius)

L'extension de la loi à un nouveau cas doit toujours respecter l'esprit de la loi.

III – Quelles sont les sources du droit ?

Répondre à la question : «De quel droit ?» revient à se demander quelles sont les sources du droit.

1. Qu'entend-t-on par sources du droit ?

Le droit vient du latin *regere directum* (les règles qui dirigent). C'est un ensemble de règles de comportement qui s'imposent (elles se distinguent par là de la morale) dans les relations mutuelles des individus.

Le droit est un artefact culturel, et non naturel. Il est marqué historiquement et socialement. Il existe plusieurs modes de création et d'expression du droit, qui définissent l'apparence et la forme qu'une règle doit revêtir pour être du droit. La notion date du XIXe, avec l'école historique du droit, mais cette réflexion existait déjà en droit romain.

Le terme de source est polysémique : au sens matériel, il regroupe l'origine (histoire, mœurs, environnement sociétal) et son contenu. Au sens formel, il signifie la forme que le droit doit emprunter pour avoir la validité d'une règle de droit.

Les sources formelles sont déterminées et limitées (aucune improvisation n'est possible), elle varient selon le temps (il y a aujourd'hui beaucoup plus de lois que par le passé), et selon l'espace et la société : sur le continent européen, les lois ont beaucoup d'importance, alors que les pays anglo-saxons sont plus axés sur la jurisprudence.

2. De la plénitude légale au pluralisme des sources

Deux conceptions s'opposent : considérer que le droit est exactement égal à la loi, ou que le droit est inclus dans la loi. Elles se sont succédées dans le temps à partir du XIIIe. Auparavant, le droit coutumier, oral, était variable et incertain. C'est seulement au XVe que on a commencé à mettre en forme le droit.

Du XVIIIe au milieu du XIXe, la théorie de la Plénitude légale voulait que :

- Tout le droit émane de l'Etat.
- La loi comporte toujours une solution au cas d'espèce, elle est complète
- Le juge est la *vox legis* (la bouche qui prononce les paroles de la loi), il doit uniquement appliquer la loi, sans pouvoir l'interpréter. Il est le porte-parole du législateur.

C'est un modèle légicentrique, tout le droit est contenu dans la loi, et il n'y a aucun droit au dehors (droit = loi, et loi = droit)

Cette conception est celle de l'Ecole de l'Exégèse (car l'explication du texte de loi est semblable à celle d'un texte religieux), et a connu son heure de gloire au début du XIXe, en France et en Europe. Par exemple : le Code Napoléon prévoyait qu'il fallait s'en tenir à la lettre de la loi.

Depuis le milieu du XIXe jusqu'à aujourd'hui, on applique la théorie du pluralisme des sources. C'est une conception qui s'oppose à la précédente :

- La loi est une source importante du droit, mais elle n'est pas la seule.
- Il y a du droit en dehors de la loi
- Il y a plusieurs sources de droit

Cette conception date du XIXe : d'abord l'Ecole historique du droit : le droit naît spontanément de la société (vision nationaliste-romantique), puis le Mouvement européen du

droit libre, qui affirme que la loi ne doit pas être «fétichisée», mais qu'elle est une source de droit importante. On combine le droit étatique et le droit spontané de la société

3. Les sources en Suisse

L'art. 1 CC confirme le pluralisme des sources :

- La loi ; il est obligatoire de la consulter, elle est la 1^{ère} source de droit)
- La coutume ; aussi obligatoire, à défaut de loi. Elle est très rare en droit interne, mais relativement courante en droit international)
- Le droit prétorien ; ce sont les règles établies par le juge (qui fait alors acte de législateur). Il se distingue de la jurisprudence car il ne reste pas dans sa fonction de prendre des décisions, mais il remplace le législateur.

Ces trois sources sont formelles et obligatoires. La jurisprudence et la doctrine sont par contre des sources matérielles (qui sont toutefois plus précises). Le juge les consulte et s'en inspire, mais n'est pas obligé de les suivre.

L'art. 1 est valable dans tous les domaines du droit et consacre quatre principes :

- Pluralisme des sources
- Hiérarchie des sources
- Primauté légale
- Existence de lacunes

L'exemple (pp. 43-44) du changement de nom d'un transsexuel montre que ce cas n'a pas été prévu par le législateur. Il y a donc une lacune que le juge comble, en créant une base légale qu'il applique au cas (nécessité d'une opération, d'un certificat médical et de signes distinctifs). Sur cette base, il admet la requête.

Pour éviter l'arbitraire et respecter la séparation des pouvoirs lors de la création de droit, le juge doit s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence.

Le CC reconnaît donc que la loi ne peut pas tout prévoir, et laisse la responsabilité au juge de combler les vides.

4. Le droit civil fédéral et le droit public cantonal

Il y a une hiérarchie entre le droit fédéral et cantonal. C'est l'une des grandes questions du fédéralisme. L'art. 3 I Cst signifie que les cantons sont compétents dans les domaines qui ne sont pas du ressort de la Confédération. P.ex. le droit privé est une compétence de la Confédération (art. 122 Cst.)

En cas de conflit entre le droit privé fédéral et le droit privé cantonal, le droit fédéral a une force dérogatoire, il prime. L'exemple des pp. 44-45 sur la définition d'un proche montre que le droit fédéral l'emporte sur le droit cantonal qui donnait une définition plus restrictive de cette notion.

Conclusion

Le législateur autorise explicitement ou coopère avec les autres sources normatives.

Le principe reste la primauté de la loi, mais celle-ci est complétée par la jurisprudence, l'auto-réglementation et les règles supranationales.

IV – Comment la doctrine et la jurisprudence vivifient-elle le droit ?

1. Qu'est-ce que la jurisprudence ?

Ce mot vient du latin *juris prudentia* : connaissance pratique du droit ou sagesse appliquée au droit. Ce sont les principes juridiques que l'on dégage des décisions judiciaires.

En allemand, comme en anglais, le terme *Jurisprudenz*, signifie science du droit, ce qui se rapproche plus de la doctrine en français

La jurisprudence est tirée de la motivation des décisions judiciaires, qui est une garantie contre l'arbitraire. De cette manière l'autorité de recours peut vérifier le cheminement intellectuel de la première autorité.

Avant la Révolution française, les juges avaient l'interdiction de motiver leurs jugements, ce qui a été critiqué dans les cahiers de doléance. Aujourd'hui, la jurisprudence est accessible pour tous.

Tous les arrêts ne sont pas publiés.

2. La décision judiciaire

Toute décision judiciaire est composée de trois parties :

- En fait : l'exposition du litige (seulement les faits pertinents), la procédure suivie et la question juridique ou la réclamation.
- En droit : on distingue l'*obiter dicta* : les digressions qui ne sont pas nécessaires pour arriver à la décision, des questions de droit annexes et qui ne sont pas toujours résolues ; et la *ratio decidendi*, partie la plus importante, qui est l'ensemble des motifs déterminant la conviction du juge, on en tire la jurisprudence.
- Dispositif : les conclusions, et la décision, obligatoire pour les parties.

On distingue les décisions d'espèce, obligatoires mais ne dépassant pas l'intérêt des parties, des décisions de principe (ou précédents), qui sont les décisions de grande qualité, par leur raisonnement, leurs arguments, la clarté des principes... Les cours supérieures créent des principes juridiques qui sont souvent plus «solides».

Cette distinction ne se fait qu'*a posteriori*.

Dans le projet du code de procédure civile (CPC), une proposition est de ne transmettre que le dispositif, la motivation pouvant être demandée dans le 10 jours, ceci afin de désengorger les tribunaux.

3. Place de la jurisprudence

Le juge est obligé de consulter la jurisprudence, mais pas de la suivre (art. 1 III CC). Ce n'est pas une source formelle. Il s'en sert pour interpréter ou pour combler les lacunes.

Selon le principe de la relativité de la chose jugée, le dispositif est obligatoire seulement pour les parties en cause. Par contre, dans les pays anglo-saxons, on applique la règle du précédent (*rule of precedent*) : la jurisprudence est le fondement du droit, le droit est casuistique

4. Le revirement de jurisprudence

C'est un changement de principe jurisprudentiel, dû à une inadéquation avec les valeurs sociales ou une contradiction juridique. Ce principe est illustré avec l'ATF *Kemplin* (p.52) :

l'évolution de la société et du droit ne permet plus de refuser l'accès d'une profession à une femme.

Les revirements sont toujours accueillis avec méfiance, car ils nuisent à la sécurité du droit et peut créer une inégalité de traitement. Les raisons qui les rendent acceptables sont : une nouvelle interprétation plus proche du sens de la loi ou des raisons objectives : la modification des circonstances, la volonté du législateur ou un changement de conception juridique. En principe, plus une jurisprudence est constante, plus les motifs pour la renverser doivent être sérieux. Si ces motifs sont insuffisants, il faut s'en tenir à la jurisprudence précédente. (ex p. 57 et 60)

5. La doctrine

Ce terme vient de docere, enseigner, c'est donc la connaissance juridique. Elle résulte de l'opinion d'auteurs qui travaillent sur la loi. Elle n'émane donc pas d'un pouvoir institué comme la loi ou la jurisprudence. Cela fait qu'elle doit se fabriquer sa propre légitimité par sa qualité. Cette légitimité n'est jamais définitivement acquise.

La doctrine provient de plusieurs auteurs, elle est plurielle et diverse, elle peut être unanime, majoritaire ou dominante, minoritaire ou isolée.

6. Place dans le droit

C'est une source d'inspiration, et pas une source formelle. Il n'y a pas de hiérarchie entre la doctrine et la jurisprudence.

Ses fonctions sont : être un point d'appui pour l'argumentation, et être critique envers le droit en vigueur. Elle classe le droit actuel, et suggère des changements, en formulant des propositions de droit futur (lege ferenda).

Conclusion

La doctrine et la jurisprudence assurent la cohérence du droit, favorisent son adaptation aux réalités sociales et proposent des solutions aux problèmes nouveaux.

V - La hiérarchie des normes juridiques.

Qu'en est-il des conflits de lois ?

La loi est un terme polysémique. Dans son acception théologique, elle est un commandement, ce qui doit être «sollen», alors que d'un point de vue scientifique, elle est ce qui est «sein». Cette dernière signification est celle choisie par Montesquieu.

Rousseau définissait la loi comme l'expression de la volonté populaire, tous les droits sont fixés par la loi (principe de la légalité).

Au sens juridique, on distingue la loi :

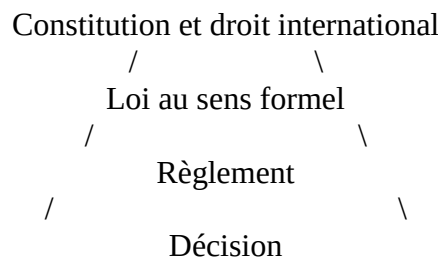
- au sens formel : elle émane du législateur ordinaire (Assemblée fédérale et référendum en Suisse)
- au sens matériel : elle contient des règles de droit générales (pour un nombre indéterminé de personnes) et abstraites (pour un nombre indéterminé de situations).

Le CC est par exemple une loi formelle et matérielle, une décision budgétaire est formelle mais pas matérielle, une ordonnance du Conseil Fédéral est matérielle mais pas formelle (elle dispose d'une délégation dans une loi au sens formelle).

Les ordonnances sont utiles, car le parlement ne peut légiférer sur tout.

Effet de la hiérarchie des normes sur la loi

Les actes juridiques sont classés selon une conception pyramidale.



Le droit international est inclus dans la législation suisse (système moniste) dès que le Conseil fédéral le ratifie et que l'Assemblée fédérale l'approuve.

Si deux lois entrent en concours, laquelle est applicable ?

Abrogation :

Le premier principe est celui de «lex posterior derogat anteriori» : un acte adopté postérieurement à un autre traitant du même sujet l'abroge implicitement, à condition que le nouvel acte soit de rang au moins équivalent (une ordonnance ne peut pas abroger une loi).

Cette abrogation peut être totale ou partielle, en fonction de l'étendue du nouvel acte.

De plus en plus, l'abrogation est explicite (mentionnée à la fin du nouvel acte).

Dérogação :

Le second principe est celui de «lex specialis derogat generali» : une loi spéciale prime une loi générale, mais le texte général reste en vigueur. En cas d'abrogation de la dérogation, la loi générale reprend tout son empire.

Comment résoudre un conflit de loi ?

La question se pose notamment lorsque les faits remontent à une époque où une ancienne loi était en vigueur, ou si des faits ont commencés sous l'empire de l'ancienne loi mais continuent sous la nouvelle.

Il n'est pas ici question d'abrogation, mais d'un conflit dans le temps.

La loi peut prévoir ce qui se passera dans ce cas (dispositions transitoires), sinon ce sont les art. 1-4 du titre final du CC qui s'appliquent mutatis mutandis :

L'art. 1 pose le principe général de non-rétroactivité : si les faits datent de l'ancien droit, il seront jugés selon celui-ci. Ce principe participe à la sécurité du droit.

Les art. 2-4 posent des exceptions à l'art. 1 :

- un intérêt public ou de bonnes mœurs (2 TFCC)
- le cas est réglé indépendamment de la volonté des parties (3 TFCC)
- Les faits n'ont pas encore créé des droits avant l'entrée en vigueur (4 TFCC)

L'art. 2 II CP prévoit que l'on est jugé selon le nouveau droit seulement si celui-ci est plus favorable à l'inculpé.

Les conflits de loi dans l'espace (entre deux juridictions nationales) sont réglés en droit international privé : En Suisse, la LDIP (RS 291)

VI - La coutume et les principes généraux sont-ils des sources du droit ?

1. Comment un usage devient-il du droit coutumier ?

Les pratiques sociales peuvent devenir des sources de droit, mais à certaines conditions strictes.

La coutume a l'inconvénient d'être incertaine et imprécise, c'est pour cela que l'on a codifié les coutumes du XIII^e au XV^e, mouvement qui aboutira à établir la loi écrite comme principale source de droit.

La coutume du droit a deux conditions cumulatives :

- matériellement, elle doit être un comportement constamment et uniformément pratiqué, l'usage d'un petit nombre de personnes ou qui ne se pratique qu'occasionnellement n'est pas du droit.
- psychologiquement, les gens doivent avoir la conviction de se conformer à une règle de droit (*opinio iuris*, ou *opinio necessitatis*).

L'art. 5 II CC signifie que le droit cantonal antérieur est l'expression des usages locaux, à moins qu'un usage contraire ne soit prouvé. Ce n'est pas ici du droit coutumier, mais des usages (qui sont parfois mentionnés dans la loi).

Le droit coutumier est supérieur à l'usage. Le juge l'applique d'office à défaut de loi.

2. Sa place parmi les sources du droit

Selon l'art. 1 II CC, la coutume est une source de droit. C'est un droit originaire, spontané : le juge ne le crée pas, il le constate. C'est donc une source formelle (orale ou écrite), elle existe avant et indépendamment du juge et lie celui-ci. Elle doit toutefois être prouvée.

C'est une source subsidiaire et complémentaire à la loi. En principe, il ne peut pas permettre déroger à la loi. Un des très rares exemples est pp. 102-103.

L'application du droit coutumier varie en fonction des domaines :

- Droit civil : parfois
- Droit pénal : jamais (*nulla poena sine lege*, 1 CP)
- Droit public : parfois
- Droit international public : souvent, c'est un principe très important (art. 38 des statuts de la CIJ)

3. / 4. Les principes généraux

On appelle ainsi les formules, adages et maximes telles que :

- Nul n'est censé ignorer la loi
- L'autonomie de la volonté
- Les engagements pris doivent être respectés (*Pacta sunt servanda*)
- ...

Ces principes immémoriaux sont transmis au fil du temps. Ils ne sont pas référencés à l'art 1 CC, mais se retrouvent à l'art. 38 CIJ. Ils sont quand même utilisés en droit interne, dans certains articles de loi, dans la coutume ainsi que dans la jurisprudence et dans la doctrine.

5. La mise en œuvre des principes généraux

La proportionnalité (p 106-107) est composée de trois conditions :

- L'aptitude : le moyen doit être approprié pour atteindre le but
- La nécessité : il n'existe pas de moyen moins grave
- La pesée des intérêts

La bonne foi est un principe intégré dans la loi (5 III et 9 Cst, 2 et 3 CC...). Ses règles sont les égards mutuels, la confiance et la réciprocité (Treu und Glaube, fidélité et confiance). Elle sert à interpréter un contrat et peut compléter l'application de la loi : par exemple un contrat lacunaire se fonde sur la volonté hypothétique des parties

6. Cas

Le cas montre que la coutume interne ne peut primer la loi. En revanche, une coutume internationale fait partie du droit international, et selon l'art. 5 IV Cst, elle est supérieure à la loi.

VII – Comment déterminer le sens de la loi ?

1. Les enjeux de l'interprétation

Deux conceptions de l'interprétation s'opposent :

L'interprétation classique, celle de l'Ecole de l'Exégèse, est une pure connaissance du texte légal, sans apport subjectif. On ne fait que découvrir l'intention du législateur. Historiquement, l'interprétation était vue avec méfiance et Montesquieu pensait que le juge ne devait qu'être le porte-parole de la loi, et l'interprétation était interdite. On se limitait donc aux approches historique et littérale.

Les risques sont une rigidification des textes de loi, qui ne seront plus en accord en cas de changements de la société, et donc de freiner le développement du droit.

L'interprétation souple est axée sur une production de sens. Elle recherche ce que voudrait actuellement le législateur. Cette conception est celle du Mouvement du droit libre, à la fin du XIXe. Le droit n'est pas limité à la loi.

Les risques sont un éloignement de la décision par rapport à la loi, et un risque d'arbitraire (limité par les procédés interprétatifs) et le «gouvernement des juges» qui est contraire à la séparation des pouvoirs.

Les interprètes de la loi sont le juge (en appliquant la loi) et la doctrine (qui dégage le sens des règles et résout les contradictions)

2. Le juge peut-il/doit-il aller au-delà du texte légal ?

Selon l'art. 1 CC, le juge doit se fonder sur la lettre et l'esprit de la disposition. Ces deux notions ne sont pas hiérarchisées et sont en principe en adéquation. La lettre est présumée refléter l'esprit.

A la lettre correspond l'interprétation littérale, et à l'esprit les interprétations historique, téléologique et systématique. Si toutes les interprétations concordent, la loi est appliquée, sinon le juge peut faire primer la lettre ou l'esprit, selon ce qui lui paraît le plus équitable (la conformité à la constitution est aussi examinée).

3. Les moyens interprétatifs

L'interprétation littérale précise la signification du texte légal. Elle se fonde sur la structure grammaticale. Les versions allemande, française et italienne sont équivalentes, en cas de divergences on recherche l'esprit. Parfois on recourt à une interprétation *contra legem* (ou *contra verbum legem*), c'est-à-dire contre la lettre si celle-ci est déraisonnable. Ceci est conforme au principe de la légalité, car l'esprit peut primer la lettre.

L'interprétation historique vise à rechercher l'intention du législateur, en s'aidant des travaux préparatoires (avant-projets, exposé des motifs, débats, navette entre les chambres...). Selon les exemples des pp. 153-154, les travaux préparatoires ne s'imposent pas forcément, et leur poids dépend de l'ancienneté de la loi (plus elle est récente, plus ils sont importants).

L'interprétation systématique replace la loi dans l'ensemble des normes (l'économie générale de la loi), on la compare aux articles proches, à la constitution, on examine le chapitre et le titre, ainsi que la note marginale.

L'interprétation téléologique tente de déterminer le but de la loi, et examiner quels sont les intérêts protégés..

4. Les fonctions de l'interprétation

Dans le processus d'application de la loi, elle réduit la distance entre la loi abstraite et le cas concret.

Elle systématise le droit en éliminant les contradictions.

Elle permet d'adapter le droit en allant au-delà du texte.

Tous ces moyens sont limités pour éviter l'arbitraire.

5. Conclusion

Dans l'arrêt Chanel (concernant l'interdiction des importations parallèles, importation en Suisse d'un produit original sans l'accord de l'ayant droit Suisse) l'interprétation ne pouvait se déduire de l'interprétation littérale. L'interprétation historique montrait que le problème avait été discuté, mais pas inclus dans la loi. L'interprétation téléologique ne permettait pas d'interdire, car les produits étaient des originaux. Enfin, l'interprétation systématique se basait sur l'art. 31 Cst, qui garantit la liberté du commerce.

Il n'y a donc pas d'interdictions des importations parallèles.

VIII – Le droit flexible

Il s'agit du pouvoir d'interprétation du juge.

1. Quand ?

Lorsqu'un concept indéterminé est présent dans la majeure, le syllogisme ne peut s'appliquer tel quel. C'est par exemple le cas d'une lacune intra legem (la loi contient une indétermination).

On applique alors l'art. 4 CC, qui commande d'appliquer les règles du droit et de l'équité. C'est le cas si la loi parle de «justes motifs», ou si le juge «peut» ou «apprécie», etc.

Si les moyens interprétatifs sont épuisés, le juge peut également compléter la loi.

2. Comment ?

L'art. 4 CC pose des critères, afin que l'interprétation ne soit pas seulement subjective et risque d'être arbitraire. L'interprétation doit se faire selon les règles du droit et de l'équité. L'appréciation est plus large que l'interprétation, mais plus étroite que la création d'une norme.

L'équité est l'individualisation du cas, elle prend en compte la singularité et la spécificité du cas. Elle est inductive : elle part du cas concret pour déterminer le critère.

Le droit est la nécessité d'une décision objectivement fondée. Le juge ne peut retenir que les éléments typiques et pertinents pour la prise de décision.

Le juge détermine donc lui-même les critères, mais ces deux limites empêchent l'arbitraire.

3. Qu'est-ce que l'équité ?

Selon Aristote, l'équité redresse la loi là où elle se trompe, et tempère sa rigueur. En individualisant la loi, elle la complète et la rend plus juste.

En droit international public, la Cour internationale de Justice peut statuer en équité («ex aequo et bono»).

Les «motifs sérieux» dans le cadre d'une procédure de divorce sont des exemples de cas nécessitant une interprétation fondée sur l'équité (pp. 167-168), on se base sur une appréciation psychique, donc subjective, mais qui doit être raisonnable.

On se réfère souvent à l'appréciation du «citoyen ordinaire» pour déterminer l'équité, car elle permet de recourir à une notion subjective sans tomber dans l'arbitraire.

Le juge doit recourir à une pesée des intérêts de chacune des parties.

4. Qu'est-ce qu'une lacune improprement dite ?

C'est le cas lorsque la solution apportée par la loi ne donne pas satisfaction, bien qu'elle soit complète. Lorsque le juge applique la loi, il aboutit à une solution absurde ou injuste. Le juge ne peut pas «juger la loi», il est obligé de l'appliquer, sauf en cas d'abus de droit (pp. 172-173).

5. Qu'est-ce qu'un abus de droit ?

Selon l'art. 2 I CC, l'exercice d'un droit doit se faire en accord avec les règles de la bonne foi, qui suppose une loyauté et une confiance réciproque.

Si une personne agit de manière contraire à la bonne foi, son droit n'est pas protégé, et le juge peut sanctionner son comportement en lui refusant ce droit. Ce principe est appliqué d'office par le juge.

C'est le cas (pp. 176-183)

- si une personne utilise une institution juridique contrairement à son but,
- si une des parties obtient un avantage exorbitant (Clausula rebus sic stantibus : Le droit suisse suppose que les contrats contiennent une clause tacite, qui permet de modifier le contrat si les circonstances viennent à changer et déséquilibrent le contrat), le contrat peut être maintenu, résilié ou ajusté.
- si une personne n'a pas d'intérêt réel pour agir
- si une personne ne se comporte de manière contradictoire (Venire contra factum proprium : Le droit suisse ne protège pas le fait d'avoir inspiré confiance à un partenaire avant de changer d'avis et donc de tromper cette confiance).

6. Conclusion

Le droit est flexible, son application est modulée par l'autorité d'application si la loi réserve son pouvoir d'appréciation.

Si un concept est flou, le juge le clarifie, mais il ne s'agit pas de création de norme. Le critère fixé peut être repris plus tard par d'autres juges.

Dans le cas d'une lacune improprement dite, le juge est obligé d'appliquer la loi, sauf en cas d'abus de droit.

IX – Le juge, un adjoint-pensant du législateur.

Le juge prolonge l'œuvre du législateur, il ne se limite pas à être «la bouche qui prononce les paroles de la loi».

1. La nature du vide juridique

Un vide juridique apparaît lorsque la majeure est incomplète (elle ne permet pas d'aboutir à un résultat), ou lorsqu'elle n'existe pas.

Dans le cas du droit de réponse, aucun délai n'est fixé pour saisir le juge. Il faut donc interpréter ce vide (on recourt le plus souvent à l'interprétation historique). Le vide peut être voulu ou non-pensé. On retrouve dans un message du Conseil Fédéral que le silence est volontaire, la personne devant «faire diligence». C'est donc un silence volontaire. Le juge ne peut pas le combler, mais pour rendre sa décision (en s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence), il applique par analogie le délai prévu à l'art. 20i CC, soit 20 jours.

2. Le silence qualifié

Le législateur a pensé à la situation, mais n'a pas voulu légiférer, le vide est voulu et conscient. Le cas concret est donc réglé par cette absence. Dans le cas (p.190) de l'absence de mesure de contrôle judiciaire suite à la fin d'une privation de liberté à des fins d'assistance, le TF estime que le législateur a refusé de légiférer, donc qu'aucun recours contre cette décision n'est possible.

Historiquement, la théorie de la plénitude légale considérait que la loi était complète, tous les silences étaient qualifiés : «lex semper loquitur», la loi parle toujours (même quand elle se tait), un cas non-prévu ne doit pas être réglé.

3. La lacune proprement dite ou au sens propre ou authentique ou véritable.

C'est le cas lorsqu'une réglementation nécessaire fait défaut, car le législateur ne l'a pas prévue. Le juge peut la compléter.

C'est la conception du Mouvement du droit libre (fin du XIXe). Selon celle-ci, tout le droit n'est pas contenu dans la loi, qui contient donc nécessairement des lacunes que le juge peut combler

4. Quand le juge peut-il créer du droit ?

Lorsque aucune solution n'est prévue par la loi, le juge doit appliquer la coutume. Si celle-ci fait défaut, il crée du droit.

Il la crée *modo legislatoris*, à la manière du législateur : il crée une norme générale et abstraite, s'intégrant dans le système juridique et l'applique au cas concret par voie déductive. Pour ce faire, il tient compte (pp. 200-201) :

- Des intérêts en présence
- Des normes précédemment respectées
- De l'unité de l'ordre juridique (il raisonne par analogie)
- Du droit comparé

Souvent, cela entraîne une législation allant dans le même sens que la norme créée par le juge.

5. Ce que la loi ne dit pas toujours.

Le CC et le CO sont reliés par l'art. 7. Les dispositions de la partie générale du CO sont donc applicables aux autres matières du droit civil. La doctrine estime même que l'art. 7 s'étend aux dispositions à caractère général quelque soit leur place dans le CO. Certaines dispositions font même des renvois explicites aux dispositions du CO (l'art 28a III CC renvoie aux dispositions pour tort moral de l'art. 41 CO)

Cela permet d'assurer l'unité de la législation civile.

L'art. 7 ne concerne pas le droit public, mais les principes généraux de droit civil sont applicables comme droit supplétif au droit public (p. 204).

6. Conclusion

En cas de silence qualifié, le juge doit l'appliquer et ne peut pas créer de droit. Par contre, en cas de lacune proprement dite, et en l'absence de droit coutumier, il peut créer du droit.

Le juge assure la cohérence et l'unité de l'ordre juridique.

X - Comment les droits subjectifs privés sont-ils mis en œuvre ?

1. Comment faire valoir ses droits ?

L'Etat doit assurer la protection des droits, c'est-à-dire donner aux citoyens de moyens de les faire respecter.

Un droit subjectif est une prérogative reconnue par le droit objectif. Il faut donc que le droit soit reconnu par l'ordre juridique

La conception de l'Ecole du droit naturel (XVIIIe) est la suivante : chaque individu a des droits en tant que tel pour se défendre contre l'état, car il est la pierre angulaire de la société. Ceci a été critiqué à la fin du XIXe, notamment par Comte, qui disait que «l'homme n'a d'autre droit que de faire son devoir» : la société et la solidarité devaient primer.

Les droits individuels sont la base des démocraties actuelles, mais le droit objectif sert aussi à protéger l'ordre social.

2. A qui incombe la charge de preuve ?

Pour faire valoir un droit, il faut une preuve. Celle-ci doit en principe être fournie par la partie qui veut en déduire un droit (8 CC).

La maxime de disposition veut que ceux qui invoquent un fait doivent le prouver, alors que la maxime d'office veut que le juge applique le droit d'office.

Chaque partie a un droit de fournir une preuve (demandeur) ou une contre-preuve (défendeur). L'échec d'une preuve entraîne la perte du droit invoqué.

Les faits invoqués doivent être pertinents. Ils peuvent être :

- Générateurs : ils créent un lien de droit (ex : une preuve ADN dans une action en paternité)
- Destructeurs : ils détruisent le droit invoqué (preuve du remboursement d'une dette)
- Dirimants : ils empêchent la création d'un lien de droit (ex : l'absence de capacité de discernement pour l'exercice des droits civils)

Une allégation non contestée est tenue pour vraie.

Le juge examine la force probante des faits, en cas de libre appréciation des preuves, il se fonde sur son intime conviction (la preuve existe si le juge est convaincu)

Parfois la situation exige un allègement du fardeau de la preuve, il suffit alors de rendre vraisemblable (par des indices) une situation. Ces cas sont prévus par le législateur ou plus rarement par le juge.

3. Qu'est-ce qu'une présomption ?

Une présomption est un raisonnement de probabilité à partir d'un fait prouvé. Le fait présumé déclenche la présomption (par exemple le mariage fait naître la présomption de paternité du mari).

Le défendeur doit apporter la contre-preuve du fait présumé ou la contre-preuve de la présomption (prouver qu'il n'y a pas de mariage ou prouver qu'il n'est pas le père).

Les présomptions peuvent être de fait (selon l'expérience générale de la vie) ou de droit (la loi permet de considérer comme prouvé).

Elles sont en principe réfragable (quelques unes ne le sont pas, comme la présomption de maternité). Elles peuvent être renversées, bien que ce soit difficile.

Pour juger de certaines présomptions se basant sur des critères subjectifs, comme la bonne foi, le juge doit examiner la réaction d'une personne loyale dans les mêmes circonstances.

La présomption permet de renverser le fardeau de la preuve (la personne n'a plus à prouver sa bonne foi, mais l'autre doit prouver la mauvaise foi).

4. Qu'est-ce qu'une fiction ?

C'est une altération consciente et voulue de la réalité pour simplifier une situation. Elles ne sont pas réfragables.

Il y a par exemple le fait qu'un enfant conçu puisse hériter malgré qu'il ne soit pas né, ou le fait qu'une personne soit réputée avoir pris acte d'un recommandé même si elle ne la pas cherché.

5. Les titres publics

Selon l'art. 9 CC, les titres publics (registres publics : registre foncier, registre du commerce et les titres authentiques, faits par des officiers publics, comme les actes notariés) font foi, sauf si le contraire est prouvé.

Il ne s'agit pas ici d'une présomption (bien que les règles soient applicables par analogie) mais un moyen de preuve. Ils ont une force de preuve, il suffit dès lors de prouver l'existence du titre.

L'art. 10 CC indique que le droit de la preuve est principalement cantonal, mais que le droit fédéral a force dérogatoire.

6. Conclusion

Dans le cas pratique, l'art. 6 LEg présume une discrimination si une différence de salaire a été rendue vraisemblable. La demanderesse doit rendre vraisemblable cette différence alors que la société doit prouver qu'il n'y a pas de discrimination.

XI – Quelle est la spécificité de la norme juridique ?

1. Qu'est-ce que le droit ?

L'enjeu est de déterminer si le droit doit entériner des faits sociaux ou au contraire être coupé de la réalité et n'être qu'un ensemble normatif.

Le droit est interrelationnel, il régit les rapports entre les humains. L'altérité est un fondement du droit (le suicide n'implique que la personne, il n'a donc pas besoin d'être réglé par le droit, l'assistance au suicide doit par contre être réglementée).

Sans société, il n'existe pas de droit. Certaines sociétés n'ont pas de droit, mais des règles non-juridiques.

Le droit est un ordre social et culturel : il détermine qui est sujet de droit (dans l'Antiquité, les esclaves n'étaient pas considérés comme des sujets, mais comme des objets).

Le but du droit est d'organiser la paix sociale et de permettre à des volontés antagonistes d'exister en fixant des limites à la liberté individuelle : la liberté doit être compatible avec celle des autres. Selon Locke, la loi préserve et accroît la liberté.

2. Qu'est-ce qu'une norme ?

Son étymologie (norma, gnômos) signifie instrument de mesure.

C'est un archétype (abstrait) qui mesure la rectitude d'une action ou d'une abstention. Elle ne décrit pas ce qui est, mais ce qui doit être, elle prescrit des comportements.

Une société ne peut pas exister sans normes, mais celles-ci ne sont pas forcément juridiques. Le droit n'est pas le seul ensemble normatif.

Le droit en tant que norme prescrit des conduites, mais ne décrit pas de faits. Son but est de permettre au citoyen de prévoir le comportement attendu sous menace d'une sanction. La prévisibilité du droit est très importante.

Il ne se limite pas à entériner des faits : tout ce qui est possible scientifiquement n'est pas juridiquement acceptable (ex : le clonage). Le droit est technique, mais doit avoir un fondement moral.

3. Les caractéristiques de la règle de droit

Elle est générale (elle s'adresse à un nombre indéterminé de personnes) et abstraite (elle s'applique dans un nombre indéterminé de situations, jusqu'à son abrogation). Cela permet d'éviter l'arbitraire et de permettre l'égalité devant la loi. Ces deux caractéristiques distinguent la loi de la décision (individuelle et concrète).

De plus, elle est obligatoire (sa violation est punie par l'ordre juridique, et non par un individu : la justice privée est interdite, sauf la légitime défense, très encadrée) et unilatérale (elle s'impose au citoyen même sans son accord, contrairement au contrat).

La force de la règle de droit est que son respect est exigible devant les tribunaux.

4. Une norme juridique est-elle toujours contraignante ?

La contrainte est celle de l'ordre juridique dans son ensemble. Il n'existe pas forcément de sanction pour chaque article : les obligations naturelles ne sont pas justiciables (ex : 513 CO, le pari ne donne pas de droit de créance), la majorité en elle-même ne donne pas de droit, mais est une condition pour d'autres.

Le droit international public ne contient que peu de sanctions, car il résulte de l'engagement volontaire d'Etats souverains. On recourt le plus souvent à des règles non-contraignantes (soft law) ou à des sources spécifiques (coutume, conventions...)

A l'inverse, le droit international privé règle les rapports entre particuliers de différents pays, notamment les conflits dans l'espace : il détermine le droit applicable par la règle de rattachement : les sources et les sanctions relèvent du droit national.

Une autre distinction est celle entre le droit impératif, auquel on ne peut déroger valablement (surtout en droit public) et le droit dispositif ou supplétif, qui s'applique sauf convention contraire des parties (surtout en droit privé, selon le principe de l'autonomie de la volonté). Ce dernier n'est toutefois pas facultatif, il s'applique s'il n'est pas écarté en temps utile. L'interprétation permet de déterminer si une règle appartient à l'un ou l'autre catégorie.

5. Conclusion

La règle est abstraite, mentale. Elle est un instrument de mesure des comportements.

La loi est obligatoire. Selon Amselek, elle est aussi une mesure des comportements.

Une loi juridique est créée avant les cas d'application, elle est éthique et dirige la conduite humaine par ses prescriptions. Par contre, une loi scientifique se déduit des faits et n'est pas prescriptive.

XII – Quels rapports le droit entretient-il avec les autres systèmes normatifs ?

1. Qu'est-ce que le pluralisme normatif ?

Le droit prescrit un modèle de comportement, mais d'autres normes sociales le font également. Celles-ci ne sont pas des sources de droit, on y trouve les usages, la morale, les normes religieuses ou encore les mœurs.

Par exemple, dans le domaine sportif, on distingue les règles de jeu (que l'arbitre fait respecter) et les règles de droit (justiciables devant les tribunaux), la distinction s'opère en fonction des caractéristiques de la norme.

Il y a aussi des règles déontologiques, édictées par des associations de professionnels dans le but de s'autoréguler. Elles ne sont pas juridiques, mais leurs conséquences peuvent l'être.

Le droit ne doit pas être confondu avec la morale, bien que tous deux soient des normes de comportement.

2. Quels sont les rapports entre le droit et la morale ?

La question est très ancienne. Tous deux sont des systèmes de valeur et prescrivent des comportements. Jusqu'au XVI^e, ils étaient presque confondus.

Leur différence se trouve dans la finalité, le mode de régulation et l'application des normes : la morale est individuelle, elle vise à améliorer le comportement et on doit y adhérer intérieurement. A l'inverse, le droit vise à maintenir un ordre collectif, à régler les rapports entre individus ; un comportement conforme à la loi suffit.

Le non-respect du droit est sanctionné par les pouvoirs publics, avec l'intervention d'un tiers impartial, alors que la morale n'est sanctionnée que dans la conscience de l'individu.

La morale provient d'entités hétéroclites (associations, religions...), qui ne se limitent pas à un cadre national, alors que le droit provient et est appliqué par des pouvoirs institués.

Pour Kelsen, la norme juridique est totalement détachée de la morale, son seul fondement est la norme de rang supérieur. Chez Hart, la séparation est moins radicale : le droit suit la morale mais ne se confond pas avec elle. Son but est d'être juste, elle n'est donc ni arbitraire, ni automatique. Le droit résulte d'un choix parmi les valeurs : ses vertus sont l'impartialité, la neutralité, la prise en compte de tous les intérêts et un principe général acceptable.

Le droit coexiste avec les autres systèmes normatifs ; quelques domaines techniques sont régis exclusivement par le droit (circulation routière...) et d'autres exclusivement par la morale (amitié, charité...).

Le droit ne peut ni ne doit tout régler : «Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires» (Montesquieu).

3. Le droit face aux autres systèmes normatifs

Actuellement, ils sont de plus en plus imbriqués : le droit les reconnaît et tisse des liens avec, que ce soit au niveau de la création (en les intégrant) ou de l'application (en s'y référant lors des décisions) des règles de droit.

Le droit intègre des notions extra-juridiques, comme la bonne foi, la dignité humaine ou y renvoie, comme à l'art 20 CO : un contrat est nul s'il est contraire aux mœurs ou l'art 9

LTrans : la définition du décès est une norme déontologique déterminée par l'Association suisse des sciences médicales, et elle peut changer sans besoin de modifier la loi.
Le juge a aussi le pouvoir d'interpréter les normes extra-juridiques : notamment les notions de «règles de l'art», d'«atteinte à l'honneur»...

Le droit interagit avec les autres systèmes normatifs.
Tout ce qui est interdit juridiquement n'est pas forcément immoral.
Les règles morales n'ont de valeur juridique que si le juge ou le législateur s'y réfère.
Ce qui est moralement contestable n'est pas forcément illicite.

XIII - A la recherche d'une décision juste

1. Le souci de justice

Ius signifie ce qui est conforme à au droit, et dikaion signifie le rapport convenable entre deux choses.

La justice est un souci présent durant tout le XXe, elle est vue comme un rempart contre l'Etat arbitraire et les dérives du nazisme ou du stalinisme.

La justice est un concept relatif ; une décision arbitraire est celle qui «heurte de manière choquante le sentiment de justice». Une décision juste doit se prendre de manière objective, c'est-à-dire être conforme à la ratio legis. L'injustice est un concept beaucoup plus facile à déterminer que la notion de justice. Ceci est encore renforcé par le pluralisme des valeurs.

2. Quel est le rapport entre un droit juste et l'égalité ?

Les individus doivent être égaux dans et devant la loi, c'est-à-dire que l'égalité doit être respectée par le législateur comme par le juge. La généralité et l'abstraction de la règle de droit sont des garanties de cette égalité.

Un revirement de jurisprudence peut violer cette égalité, c'est pourquoi ils ont vus avec méfiance.

Depuis le XVIIIe, on reconnaît à l'homme des droits naturels et inaliénables, par le Contrat Social, les hommes acceptent de déléguer une partie de leur liberté contre la garantie de leurs droits. Cela a été repris dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, qui affirmait que tous les hommes étaient libres et égaux.

Kant considérait que tous les individus étant des sujets moraux, ils étaient égaux. A ce titre, la dignité de la personne la plaçait au-dessus de tout prix.

3. Quel est le rapport entre un droit juste et la légalité ?

La validité d'une décision juste est importante. Elle se doit d'être conforme à la norme supérieure.

Selon Kelsen, le juriste n'a pas à se préoccuper de jugements de valeurs, seule la légalité compte. La justice n'est que formelle. Ce concept a été relativisé, et aujourd'hui la décision doit être formelle et matérielle : la justice vient de la forme, mais aussi du contenu. Seule exception : la lacune improprement dite, qui fournit une solution conforme au droit, mais injuste.

4. Quel est le rapport entre un droit juste et l'équité ?

Une décision juste doit être équitable. L'équité est la préoccupation des circonstances du cas d'espèce pour déterminer la solution juridique. Cette individualisation doit toutefois être objectivement fondée.

L'art. 4 CC s'applique lorsque la majeure contient une notion juridique indéterminée ou une référence directe à l'équité.

Le droit recherche un équilibre entre les intérêts divers ayant la même légitimité, la pesée des intérêts se fait par rapport aux priorités fixées par l'ordre juridique et dans un but de proportionnalité. Elle assure l'équilibre entre les valeurs fondamentales de la société.

L'équité doit compléter la loi, à l'équilibrer, en incluant les caractéristiques du cas concret, qui ne peuvent être prévues par la loi. Appliquer la même décision à des situations différentes ne serait pas équitable.

5. Quel est le rapport entre un droit juste et l'intérêt général ?

Le droit a plusieurs finalités. L'interprétation téléologique permet de déterminer le but d'une loi. Selon la philosophie utilitariste ou conséquentialiste, le but de toute loi est l'intérêt général : assurer le bien-être du plus grand nombre. Tous les êtres humains étant égaux, le calcul de l'intérêt général est celui qui maximise le plaisir ou minimise le désagrément.

La justice a donc une utilité sociale.

6. Quel est le rapport entre un droit juste et la liberté individuelle ?

Le droit doit faire la synthèse entre la liberté de l'individu et l'intérêt de la société. Chaque individu a des droits naturels inaliénables, dont la liberté. Le droit doit les préserver : on ne peut y renoncer et nul ne peut les bafouer. La loi est garante de la liberté.

Selon Rawls, la justice est un processus de négociation entre les principes d'égalité (le principal) et le principe de différence, qui tolère les inégalités si elles se font au bénéfice des défavorisés. Si le droit n'est pas juste, l'individu a le droit de résister.

7. Conclusion

Toutes les personnes sont égales et ont un certain nombre des droits qu'on ne peut violer sous aucun prétexte. Mais le but de l'ordre juridique est aussi d'assurer le bien-être du plus grand nombre. La justice sociale résulte de l'accord des individus de fixer leurs droits et leurs devoirs dans un but d'intérêt général.

La loi doit garantir les libertés et être conforme au principe de légalité, qui est le fondement de l'Etat de droit. Mais la légalité seule ne suffit pas, si une loi n'est pas équitable, chacun a le droit d'y résister (Rawls).

La justice n'est pas un concept prédéterminé.