

## INTRO : DE L'UTILITE D'ETUDIER LA PHILOSOPHIE DU DROIT

- Question principale du cours
  - Le droit et la morale doivent-ils cohabiter
  - Quid du droit injuste ?
  
- La philosophie du droit
  - Caractéristiques
    - Est récente
    - Mélange une dimension théorique, pratique, éthique..
    - Entre en collision (au sens positif) avec des domaines telles que la souveraineté de l'Etat, l'économie, la sociologie, la philosophie, l'éthique
      - La frontière est parfois difficile
      - Elle touche au droit mais emprunte à tous ces domaines
  - Définition tentée
    - L'étude des questions fondamentales à propos
      - Du droit, de la nature des systèmes juridiques et de leur fonctionnement.
    - Elle cherche principalement à répondre à deux types de questions :
      - Ontologique
        - La nature du droit, ses caractéristiques son origine, sa signification
      - Pratique
        - Sur le contenu même du droit
    - Les points de vue sont multiples, en fonction de
      - La tradition éthique
      - La tradition juridique du droit applicable
  - Intérêt de la philosophie du droit
    - L'intelligence artificielle
      - Les robots feront le taf ; on se concentrera surtout sur des aspects tactiques et éthiques
    - La philo du droit nous permet de nous impliquer dans des questions de société
      - Euthanasie
      - PMA
      - IVG
      - Prostitution
      - ...
  - Grand débat de la philosophie du droit
    - Débat entre le légal et le juste
      - Tout ce qui est légal est-il juste ?
      - Peut on parler de droit injuste ?
      - Qui est quoi définit la justice ?
      - Qu'est-ce qu'une loi juste et une loi injuste ?
      - Quelle est la relation entre le droit et la morale ?
      - Comment faut-il distinguer le juste du légal ? Faut-il le distinguer ?

- Les deux affaires suivantes nous forcent à nous interroger sur la philosophie du droit :
  - Les affaires
    - L'affaire de Elmer Palmer contre l'état de New York
      - Faits
        - Palmer empoisonne et tue son papy en 1882
          - Le testament lui léguait l'intégralité de sa fortune
          - Palmer soupçonnait la seconde épouse de papy de vouloir modifier le contenu du testament. Il a donc tué papy par crainte
          - Il fut condamné à 9 ans de prison.
          - Il sort de prison et réclame son héritage.
      - Première instance
        - Les héritières (petites filles) contestent cette requête et exigent que les biens leur reviennent
          - Argument Héritières
            - La loi ne doit rien accorder à Elmer puisqu'il a tué Papy
          - Argument avocat Elmer
            - Les lois testamentaires ne disent rien sur le fait qu'un des héritiers tue un des parents
            - Il doit donc hériter, comme le voulait papy
        - Elmer gagne
          - Le juge estime que la loi testamentaire n'a pas été violée.
      - Cours d'appel
        - Renversement du jugement
          - Nul n'a le droit de profiter de son crime
          - Il y a quelque chose d'immoral à bénéficier d'un héritage à la suite d'un crime
        - Elmer ne gagne rien
    - Affaire Brown
      - Contexte
        - Après la guerre de sécession, le nord amende la constitution pour mettre fin à l'esclavage (14<sup>ème</sup> amendement) ; « *un Etat ne peut refuser à une personne la protection égale des lois* »
        - Le 14<sup>ème</sup> amendement n'a pas empêché certains Etats de faire une ségrégation
      - 1954 ; Cour suprême ; ségrégation subie par un groupe d'écoliers dans le Kansas
        - Argument des juristes du Kansas
          - Le 14<sup>ème</sup> amendement n'interdit en rien la ségrégation



- Invocations à la justice chrétienne
- **Partie IV (pp 7-8-9-10)**

## **1. LE JUSTE, LA LOI ET LE DROIT DANS LA PHILOSOPHIE ANTIQUE : PLATON ET ARISTOTE**

### **1.1 : L'antiquité**

- Les éléments essentiels de la théorie du droit de l'antiquité
  - Triangulation : justice, moralité, droit
  - Distinction entre droit et moral
  - On juge la justesse d'une loi selon la nature humaine
  
- Contexte Historique
  - L'antiquité : question de triangulation de la justice, de la moralité et du droit
    - Nature et loi
      - On ne peut pas réfléchir au droit et à la morale sans réfléchir à la nature humaine, qui nous sommes, presque au sens écologique du terme.
    - Nature humaine
      - Il y a quelque chose qui nous uni quelque part en profondeur
        - C'est une loi juste et conforme à un certain nombre de valeurs de la nature humaine
        - L'amour du bien, le rejet de l'autre, etc..
  - Aristote et Platon sont dans un contexte préchrétien
    - La grande question : le Cosmos
      - Comment fonctionne l'univers ?
      - Ils cherchent à replacer le droit et la justice dans la nature humaine et écologique
      - Toutes les réflexions sur la justice s'enracinent dans la relation à la nature
    - Une loi est juste si elle est conforme à la nature humaine
      - On juge la justesse d'une loi grâce à la nature humaine
      - Ils ne dissocient jamais droit, éthique et nature humaine
    - Aristote et Platon ont des différences, mais ils procèdent les deux à l'autonomisation du droit
      - Ils tentent de dissocier en se fondant sur la nature humaine, de ce qui relève du droit et de ce qui relève de la justice
      - Ils font la distinction entre droit et morale
    - Le Christianisme transformera le triangle en cercle avec l'Homme au centre
      - Les Grecs pensent Cosmos : on ne résonne pas en terme individuel mais on insère l'individu dans un tout qu'on appelle la nature

### **1.2 : Platon (423-348 BC)**

- Les éléments essentiels de la théorie du droit de Platon
  - o On isole le droit, la morale, la justice
    - Triangulation, chacun est indissociable de l'autre
  - o Il crée une autonomie du droit
    - C'est Aristote qui l'achèvera
  
- Contexte historique
  - o Fonde l'académie et écrit beaucoup
  
- Trois grands écrits sur la question du droit et des lois
  - o La république
    - 5 premiers livres sur la définition de la justice
      - Le droit est isolé de la justice
      - Il faut définir la justice pour dissocier le droit et le légal
  - o La Politique
    - La loi est construite sur une imperfection essentielle
      - Elle est incapable de s'adapter à la diversité des coutumes
  - o Les lois
    - La fonction même de la loi est de guider les hommes vers la vie bonne et juste
  
- Texte : La République
  - o Trois définitions de la justice : qu'est-ce qui est juste ?
  - o Socrate : « Ce qui est le plus important c'est d'être juste, tendre à la justice est ce qui doit nous animer et guider nos actions »
    - 1<sup>ère</sup> proposition de Thrasymaque :
      - Le juste n'est que l'intérêt du plus fort
      - S : Quand les gouvernants se trompent, ils ne servent pas leurs intérêts, donc ça marche pas (pp 92-93)
      - T : Le médecin et le pilote agissent dans l'intérêt des passagers ou des malades, pas systématiquement contre l'intérêt de ceux qu'ils doivent servir (98-99)
      - T : Métaphore du berger. Il garde son troupeau pour en garder un bénéfice. Il les protège pour mieux les utiliser (99)
      - T : L'homme juste est en toute circonstance placé dans une position inférieure à l'homme injuste. Il est plus utile d'être injuste (100, 5)
      - T : Ainsi l'injustice est plus libre et souveraine que la justice... avantage et profit (101)
    - 2<sup>ème</sup> proposition de Glaucon :
      - La justice est un bien, une vertu, une disposition personnelle qu'il faut privilégier ; la justice est un bien en soi (livre 2 p. 121 para 3, 358a)
      - Je souhaiterais l'entendre louer.. pouvoir le réclamer
      - L'essence de la justice c'est les lois mais c'est un bien moral en soi, il faut chérir la justice pour elle-même (122-123)

- C'est dans cette situation qu'ils commencèrent à édicter leurs lois et conventions
  - La justice est conventionnelle, décidé par et pour les hommes
- La justice est un mélange de ce qui est légal et ce qui est juste
- 3<sup>ème</sup> proposition de Adimante
  - On ne peut pas démontrer empiriquement laquelle de la justice ou de l'injustice est supérieure à l'autre (128-131)
  - On peut cependant observer la littérature et dans quel contexte ces notions se développent et comment elle valorise la justice au détriment de l'injuste
    - Ça ne veut pas dire que juste > injuste. C'est une indication que la société valorise la justice (contexte culturel)
  - Une société fondée sur la guerre du tous contre tous n'est pas viable
  -
- Résumé
  - Thrasymaque
    - Vision pessimiste ; la justice c'est du pipo
    - C'est toujours le plus fort qui gagne
  - Les deux autres
    - Il faut montrer la supériorité du juste sur l'injuste
    - Une société fondée sur l'injuste n'est pas viable

### 1.3 : Aristote (384-322 BC)

- Les éléments essentiels de la théorie du droit de Platon
  - Autonomie très forte entre droit et moral
  - Le droit est l'objet de la justice corrective
- Contexte historique
  - Contemporain de platon
- Analyse
  - Séparation du juste et du droit
    - Tentative de définition de la justice
      - « Vertu morale suprême, ce envers quoi les humains devraient tendre »
      - La justice particulière (partie de la justice totale) peut être définies en deux formes de justice
        - La justice distributive
          - Répartition des biens et des dommages dans la cité
          - Il ne faut pas distribuer équitablement mais en fonction des besoins et du mérite
        - La justice corrective

- Le droit proprement dit
  - Le but est de rétablir l'égalité lorsqu'un dommage est commis
  - Vise à corriger un état de fait lié à un dommage
- Autonomie entre droit et morale
  - Le droit est la justice corrective
    - Donc indifférente aux honneurs et mérite, son but étant de régler les rapports
  - Mais la réflexion sur le juste est inséparable de la réflexion sur la morale : les être humains sont des animaux qu'il faut canaliser
    - C'est le droit (justice corrective) qui va encadrer les hommes
- Le droit naturel
  - Isolé de la morale mais pas dissocié à 100%
  - N'est pas le droit positif
  - Il y a quelque chose dans le droit de lié à la nature humaine, qui reflète de notre nature
    - Ce droit naturel est au dessus des hommes
  - Fondement des droits fondamentaux
    - Il y a quelque chose au-dessus du droit moderne, lié à nous

## 2.1 : Contexte

- La réflexion sur la nature humaine est le point de départ sur le légal et le juste
- Au 17ème, une révolution scientifique fera voler en éclats tout le système traditionnel
  - Thomas Hobbes Vs John Locke
    - Hobbes: le positivisme
      - Coupure entre le droit et la morale
    - Locke : le naturalisme
      - Relation entre le droit et la morale

## 2.2 : La construction du positivisme moderne : Thomas Hobbes

- Les éléments essentiels de la théorie du droit de Hobbes
  - Positivisme : Le droit et la morale sont radicalement différents
  - L'homme est un loup pour l'homme
  - Solution : le léviathan
- Contexte historique / Cheminement de la pensée de Hobbes
  - Fin du 16<sup>ème</sup>, révolution scientifique
    - Une révolution mathématique et géométrique



- Le droit naturel n'a aucune importance, vu que c'est l'état dans lequel on se tape dessus
    - Il n'y a pas de loi qui oblige
  - L'Etat de société
    - Le droit qui importe : le droit positif
- Solution à cette nature humaine très pessimiste : Le Léviathan
  - Vu qu'on est individuellement des bolosses, on doit obéir au Léviathan
    - Etat, souverain...
  - Le Souverain décide de tout ; tout ce qui est juste et légal est de sa compétence
    - Ça implique que c'est le Léviathan qui décide de ce qui est juste
      - Ce n'est pas un ensemble de normes/valeurs décidées de manière abstraite
    - Le droit de l'Etat est le seul droit applicable et possible
      - Il définit ce qui est juste et légal
      - Les humains ont l'obligation de s'y conformer
      - Ce qui relève de la morale n'est donc pas du droit !
  - Concrètement
    - La seule obligation qu'on a c'est d'obéir à la loi civile du parlement
      - Le juge n'est qu'une bouche de la loi ; pas de pouvoir d'appréciation
        - Donc contraire au common law
    - Aucune loi n'est fondée sur le droit naturel et tout part du souverain
      - Ultra positivisme
    - La justice est une affaire humaine
  - Problème de cette idée
    - Si le Léviathan décide de ce qui est juste : la société sera injuste
      - Vu qu'une personne décide pour tout le monde
      - Locke va particulièrement le discréditer.
- Texte
  - Des autres lois de nature Hobbes – Léviathan
    - Ce qui relève du droit naturel n'est pas du droit
    - « Justice et injustice » : ce qu'elles sont
      - « C'est en cette loi de nature que se trouve la source et l'origine de la justice... la définition d'une injustice n'est rien d'autre que la non-exécution d'une convention et tout ce qui n'est pas injuste est juste » (p. 248)
        - Il y a à l'Etat de nature la justice et l'injustice, mais ces termes prennent leur sens lorsqu'on passe entre nous des conventions. Elles ne peuvent qu'être passées à l'Etat de société
          - Conclusion : Ce qui est juste ou injuste est une décision du souverain. Nos décisions ; il n'y a pas de droit supérieur
      - « Donc avant que les mots de justes... avec un souverain établi, dans un état reconnu » (p.249 l. 8)

- La justice pour le positiviste est une affaire humaine : ce sont nous les hommes et les femmes qui décidons du juste et de l'injuste.
- « La justice n'est pas contraire à la raison... » (250-251)
  - Critiques de certaines théories
- Les lois civiles (chap 26)
  - Généralité
    - Ce sont ces lois là qui comptent pour lui, les lois civiles
  - « Il est manifeste que la loi en général... lequel est persona civitatis, la personne de l'Etat. (pp 406-407)
    - C'est le souverain qui décide ce qui relève ou non du droit, ce qui est la loi ou pas
  - « Cela dit je définis ainsi la loi civile : ce qui n'est pas contraire à la règle »
    - Définition très positiviste et classique de la loi civile
  - « La loi de nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre et sont d'égale étendue » (408 para 4)
  - « Compte tenue en effet ... lesquelles ordonnances sont par conséquent une partie de la loi civile » (409 l. 5)
    - Ce qui relève de l'équité, de la vertu et de la morale est une compétence du souverain, de l'Etat
  - « En effet, la justice .... est une chose dictée par la loi de nature »
    - Il reconnaît l'existence dans la nature d'une notion de justice mais pense qu'elle ne peut être appliquée que si le souverain décide.
    - Il y a donc autant de droit que d'Etat ; chaque Etat défend une certaine vision de ce qui est juste et injuste
      - Pluralisme juridique
  - « Sir Edward... jusqu'à la 8<sup>ème</sup> ligne de la page 413 (412-413)
    - Les juges ne font pas la loi ; ils ne sont que la bouche de la loi

### **2. 3 : La réponse du droit naturel : John Locke**

- Les éléments essentiels de la théorie du droit de Locke
  - Existence d'une loi naturelle supérieure qui oblige les Hommes
    - Elle repose sur les commandements de Dieu et la loi divine
  - Les lois naturelles confèrent des droits imprescriptibles et fondamentaux à l'Homme
    - Le fondement des droits naturels est issu de la foi divine
- Contexte historique
  - Duel entre Thomas Hobbes (positivisme) et John Locke (naturalisme) au 17<sup>e</sup> siècle

- Fera voler en éclats tout le système traditionnel
- Réflexion sur les droits fondamentaux
- John Locke : auteur phare de l'école du **droit naturel**
  - Tradition dans laquelle il existe un droit au-dessus des droits
    - Dont sont partisans les droits de l'hommes
  - Les individus ont des droits fondamentaux
    - Provenant de la nature humaine et de la nature tout court
    - Une société n'est pas possible sans leur respect
  - Trois affirmations principales :
    - Il n'y a pas de possibilité de réfléchir au droit sans réfléchir à la question de l'homme
      - Il y a une démarche anthropologique : qui sommes-nous ?
    - Le droit naturel (de la nature) est un droit supérieur à tous les autres
      - Ils sont partisans des DF, des principes de droit intangible
    - Le passage de l'état de nature à l'état de société repose sur une notion de « contrat »
      - Passé entre les gens ou entre gouvernants et gouvernés
      - Un contrat peut être défait
      - Le non-respect d'un certain nombre de normes juridiques peut conduire à une annulation / inexécution du contrat
- Analyse
  - Théorie : le droit naturel est supérieur à tout autre droit
    - Le droit naturel est supérieur à tout autre droit à partir d'une réflexion sur l'homme.
    - Cette théorie repose sur quatre visions de l'Homme, retrouvées chez quasi tous les philosophes naturalistes.
      - Tous les hommes sont naturellement égaux
        - Les hommes naissent libres et égaux en droit, comme Hobbes
      - L'homme est avant tout un être paisible et rationnel
        - Opposé à Hobbes
      - L'homme est profondément rationnel et donc sociable
        - Animé par des besoins et des désirs, mais surtout sociable
        - Il a besoin des autres

- La relation humaine est fondée sur l'échange
- Il y a un état de nature où règne la liberté, l'égalité, la propriété et un certain nombre de lois naturelles
  - Beaucoup de sociologues construisent leur analyse autour de l'état de nature et l'état de société
  - La propriété : important
- Justification : Supériorité des droits naturels sur les autres droits
  - Quatre arguments essentiels justifient la supériorité du droit naturel
    - Le devoir de veiller à la conservation du genre humain
      - Nous avons ce devoir ; loi naturelle la plus importante
      - Corollaire : respecter et veiller à préserver toutes règles permettant la préservation du genre humain
        - La vie
        - La liberté
        - La santé
        - L'intégrité corporelle
    - Il faut que le droit d'assurer sa propre conservation (sa propre substance) soit supérieur
      - Si la loi naturelle la plus importante est la loi de notre propre conservation, c'est Dieu qui en est à l'origine
      - Ordre émanant du religieux
      - On doit prendre toutes les dispositions possibles pour assurer toute sa subsistance en créant des droits fondamentaux
    - Droit de propriété
      - Droit fondamental (avec un bémol)
      - Distinction
        - Property
          - Droit qu'a tout Homme sur ce qui est nécessaire à sa subsistance et sa conservation
        - Propriété au sens étroit et juridique
    - L'homme est propriétaire des actions et du travail accompli par sa personne
      - Propriété intellectuelle en quelques sortes
      - Grande nouveauté ; il élargi le droit de propriété
      - Nous sommes propriétaire de choses mais aussi de notre travail et du fruit de notre travail
      - Élément central de sa philosophie
      - Justifie son système reposant sur la conservation de l'humanité

- Textes

- Essais sur la loi de la nature
  - Généralité
    - Fondement de la philosophie du droit de Locke : il y a des lois naturelles au-dessus des lois civiles
    - Justification dans ce texte
  - Les lois naturelles obligent l'homme
    - Premières lignes
  - Raisonnement par analogie : on obéit à la loi civile, donc doit respecter la loi naturelle dont Dieu est le créateur (101ss)
    - Notion de dette à cette loi supérieure, liée à la notion théologique (101 in fine)
    - L'être supérieur (qu'il nomme principe universel) doit être respecté (103)
    - C'est grâce à lui que nous avons une obligation envers Dieu (105)
    - Le droit naturel, donc la volonté divine, oblige (107 | 2)
    - Dieu est l'inspirateur et l'origine du droit naturel. Le droit civil doit s'articuler autour de ce droit naturel.
    - « *La loi de nature oblige tous les hommes, originellement, par elle-même et par sa propre force* »
      - Nous devons obéir à la loi naturelle pour trois raisons
        - Celle loi contient tout ce qu'elle requiert comme obligation envers une loi
          - La loi naturelle procède du même raisonnement que nous avons dans le droit civil
          - Dieu est au-dessus de tout, nous devons donc obéir aux droits qui découlent de celui-ci
        - Si la loi n'oblige pas les hommes, la loi divine ne peut les obliger non-plus (109)
          - Si nous ne respectons pas les droits de la nature, il est impossible de respecter les lois civiles

- Si la loi de nature n'oblige pas les hommes, aucune loi ne peut les obliger (109)
          - Comment pourrait-on respecter le droit civil si on ne respecte pas le droit naturel
  - Traité du gouvernement civil
    - Généralité
      - Locke adopte sa vision anthropologique dans ce texte en analysant la nature de l'homme pour essayer de régir le meilleur Etat
    - Principe de l'autoconservation (143-144)
    - Importance des lois naturelles ; devoir de participer à leur respect, qui est la conservation du genre humain (146 pa 7)
    - L'idée d'auto-conservation : la conservation de soi-même et du genre humain est essentiel (149 l 4)
    - Destruction de ceux qui ne respectent pas ces loi (149)
      - Loi du talion affirmée
      - Celui qui ne respecte pas les lois naturelles (donc la conservation des droits humains) devra être détruit comme une bête féroce
        - Conséquences historiques (colonisation)
    - Lien théorique entre la loi civile et la loi naturelle (150 para 12)
      - TRES IMPORTANT
      - Pour être, juste, les lois civiles doivent être rattachées aux lois naturelles : reviens au débat du droit lié à la morale
    - Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art 2
      - Ctrl C de John Locke
- Conclusion
  - Locke répond au lien entre moralité et loi à travers la loi naturelle issue de Dieu
    - Le rapprochement de la loi et la morale se fait par la foi divine

#### **4. LA CRITIQUE DES DROITS NATURELS : JEREMY BENTHAM**

- Contexte historique
  - Le positivisme de Hobbes va s'imposer très fortement du 18<sup>ème</sup> au 20<sup>ème</sup> siècle
  - Bentham va abattre les arguments de Locke, sans reprendre ceux de Hobbes
- Principaux points de sa philosophie du droit
  - Le droit est une affaire humaine, il est construit pour et par l'Homme

- Les naturalistes confondent le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être
  - Droit et moral sont deux choses différentes : vouloir les mêler est un non-sens intellectuel
- L'utilitarisme
  - Tonalité moins autoritaire que le positivisme de Hobbes
  - Il remplace le juste par l'utile, pour permettre le plus grand bonheur du plus grand nombre
- La codification
  - Les lois sont séparées de la morale mais il faut les regrouper et les codifier
- Analyse
  - Généralités
    - Stratégie argumentative dans deux directions
    - Une attaque aux naturalistes extrêmement difficile à contrer
  - Première direction : Critique du naturalisme
    - Généralités
      - Critique virulent des quatre grands concepts sur lesquels reposent la tradition du droit naturel
      - Bentham attaque les concepts chers à l'école naturelle sous 4 formes
      - En résumé, il reproche au droit naturel la confusion majeure entre le droit/droit telle qu'elle est et le droit/loi telle qu'elle devrait être
    - Les 4 formes
      - Critique d'anthropologie
        - Impossible d'envisager un individu à l'état de nature
          - Un homme ne peut être représenté abstraitement
        - L'Etat de nature est complètement fou, dangereux et trompeur
          - L'Homme est un être avec des sensations et des sentiments
      - La fiction du contrat social
        - Si l'état de nature n'existe pas, la notion de contrat social est nulle et avenue
          - Pas de pseudo gouvernant et gouverné
        - La critique du contrat social va se retrouver chez beaucoup de positivistes
      - Critique de l'idée même de loi naturelle
        - Impossible d'avoir une connaissance innée de la nature
          - La loi naturelle est une entité fictive qui ne renvoie à rien
      - Critique des droits naturels subjectifs, de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

- Il n'est pas hostile à la déclaration mais pense que ça ne relève pas du droit mais de la culture juridique d'une nation
- Les déclarations ne sont que des déclarations de principe à vocation nationale
- Reposent sur la confusion entre le droit et ce qu'il devrait être
- Deuxième direction : Le principe d'utilité
  - Généralité
    - Propose une vision du droit reposant sur le principe d'utilité
      - Le plus grand bonheur du plus grand nombre
      - Il construit sa vision du droit, séparé fortement de la morale, autour du principe d'utilité
    - Les naturalistes ont oublié que la loi n'est que le produit d'une autorité publique et humaine
    - Bentham nous fait quatre propositions
  - Les quatre propositions
    - Nous sommes des êtres faits de sensations, recherchons les plaisirs, fuyons les peines et la douleur.
      - Nous recherchons naturellement ce qui est utile à nous et aux autres
      - Si on applique le principe d'utilité à titre individuel, on l'étend à titre collectif
    - Le principe d'utilité est un principe universel fondé sur l'expérience des hommes et des femmes
      - Le seul critère à appliquer pour une loi est de savoir si elle est utile ou pas à la communauté
    - L'opérationnalisation ; inclure « le plus grand bonheur du plus grand nombre »
      - Se poser cette question lors d'un projet de loi
      - Une application stricte a des conséquences pas toujours négligeables
        - Ouvre la porte à certaines violations de droit individuels au nom du bonheur du plus grand nombre
        - Ex : tuer un homme qui met une bombe dans une école primaire
    - Distinction des deux sens du mot droit
      - D'où la confusion des naturalistes
        - Sens adjectival
          - Ce qui est convenable, utile, le juste et l'utile se confondent
        - Sens légal (le vrai sens)
          - Celui que les agents de l'Etat doivent appliquer, défini par sa dimension formelle

## 5 : LA CRISE DU DROIT ET LES THEORIES ANTI-FORMALISTES AU 19 ET 20<sup>ème</sup> siècle

- Contexte historique
  - Le positivisme va s'imposer en Europe du 19<sup>ème</sup> au 20<sup>ème</sup>
  - Au 20<sup>ème</sup>, les naturalistes vont reprendre le dessus
    - En particulier le réalisme américain et les théories du pluralisme juridique
  - De 1890 à 1930-40, on a deux philosophies du droit qui vont ébranler le positivisme juridique et ses servitudes
    - Aux USA : Le réalisme légal américain
      - La certitude n'existe pas
    - En Europe (France et Allemagne) : Les théories du pluralisme juridique
      - Appliquer les mêmes règles à tout le monde est un non-sens

### 5.1 Le réalisme légal américain

- Points les plus importants
  - Scepticisme des normes
    - Les normes existent, mais elles ne sont qu'objets construits par l'Homme à un moment donné
  - La certitude n'existe pas
- Généralités
  - Est à l'origine de
    - Un mouvement aux USA qui s'appellera Law and Society
    - La tradition des Critical Legal Studies
  - S'inspire de la tradition du pragmatisme
    - Tradition importante en philo
    - Idée centrale : le concept de certitude est une illusion, on ne peut pas connaître la vérité avec certitude
    - Sous l'angle du droit : le droit est fondamentalement indéterminé et imprécis
      - Il ne peut pas être déterminé et appliqué de manière scientifique
  - Proposition
    - Théorie prédictive du droit
      - Le positivisme s'enferme dans un formalisme excessif
      - Le positivisme oublie que les décisions des juges ne sont pas déductives mais influencées par des théories morales environnantes et leur propre idée de justice
      - Il faut donc contextualiser le droit
    - Les juges sont influencés par des idées sociales et de justice

- Répond aux positivistes, sans reprendre les thèses naturalistes
  - Sorte d'entre-deux
  - Ils s'intéressent aux acteurs produisant des normes et du droit pas la pratique juridique
- Le droit selon un réaliste légal
  - Le droit ne peut pas se réduire à un ensemble de règles et concepts froids, ni être uniquement basé sur des faits, ni se déduire de manière formaliste
    - Le droit n'est pas neutre socialement, sociologiquement
    - Les décisions des tribunaux sont prises par des Hommes
    - L'objectivité qu'on nous enseigne en face de droit est un leurre absolu
  - Les règles de droit sont fondamentalement indéterminées
    - Elles ne sont pas toujours précises
    - Elles sont souvent rédigées en termes vagues généraux et abstraits qu'il convient d'interpréter
  - Le corpus juridique n'est pas quelque chose de fixe et dogmatique
    - Holmes dénonce l'erreur de la forme logique du raisonnement juridique
    - Le droit n'est pas un système fermé
    - La source du droit ne peut pas être que le code ou la doctrine

### **5.2 Les théories du pluralisme juridique**

- Généralités
  - Mouvement parallèle au réalisme légal
- Deux critiques essentielles au positivisme
  - Critique de l'uniformité du droit
    - On remet en cause l'uniformité des solutions juridiques
      - Appliquer les mêmes règles de même manière
    - Percevoir les relations juridiques à travers des catégories très abstraites
      - Vendeur, acheteur, créancier, débiteur, patron, salarié
        - Catégories tellement larges qu'il faudrait préciser
    - Appliquer les mêmes solutions juridiques à des personnes matérielles inégales est une erreur
      - On ne peut pas appliquer des codes sur des catégories abstraites
  - Critique de l'unicité du droit
    - Il n'y a pas que l'Etat qui peut produire du droit
      - D'autres acteurs le peuvent : les associations

### **5.3 La renaissance du droit naturel après 1945 : le débat Hart-Fuller**

- La philosophie du droit dès 1945 retrouve le débat féroce qu'elle avait connu avec Hobbes-Locke
    - Sujet
      - L'interprétation juridique
        - Pouvoir d'appréciation du juge
          - Peut-on introduire dans une décision de justice des éléments non-légaux ?
          - Que faire quand nous sommes confrontés à une loi manifestement inéquitable ?
        - Les limites de la fidélité au droit
          - Comment les juges doivent affronter les débats entre la doctrine et le fond d'une question juridique ?
          - Quel doit être pour un juge le poids de la doctrine et de la JP dans leur décision
    - Les faits (1949)
      - Question juridique d'un tribunal allemand
        - Une femme est accusée d'avoir dénoncé son mari aux nazis sur la base d'une loi qui obligeait tous citoyens à dénoncer ceux qui parle mal des autorités ou qui critiquent ouvertement Hitler.
        - Son mari est condamné à mort, mais au final il est condamné à une obligation de service en Russie. Il revient de la guerre et porte plainte contre elle pour dénonciation calomnieuse
      - Procès
        - Première instance
          - Le tribunal donne raison à la défense : la dénonciation résulte du fait qu'il avait violé la loi et pas elle
        - Recours
          - L'autorité de recours considère que c'est un crime indirect
            - L'accusée connaissait la portée de son acte et s'en est servi pour écarter son mari de sa vie
            - La loi nazie est contraire « à la bonne conscience et au sens de la justice »
          - La femme est condamnée pour privation de liberté
            - La cour revalorise donc la vision naturaliste du droit
      - La cour agit donc selon le caractère injuste et immoral du droit Nazi
        - D'où le débat Hart-Fuller
          - Association ou dissociation du droit et de la morale ?
- Position de Hart (positiviste)
  - Critique de l'idée que la loi sur les informateurs nazis contrevient aux principes fondamentaux de la moralité
    - « Extrême naïveté des Cours allemandes »
  - Il faut distinguer ce qu'est une loi et ce qu'elle doit être
    - La validité d'une loi ne dépend pas de son contenu moral
      - Si elle a été votée et décidée par une instance compétente elle est valide et relève du droit applicable sans aucun débat

- Même si une loi possède un certain degré d'iniquité un juge ne peut invalider lui-même cette loi
  - Les juges doivent s'engager à appliquer le critère de légalité
    - Si une loi est valide, ils doivent l'appliquer
    - La stabilité d'un ordre juridique dépend du fait que le juge applique des lois considérées comme valables
      - Le refus d'appliquer une règle sous prétexte qu'elle est immorale met en danger l'ordre juridique
  - Hart étant juif, il ne pouvait être accusé de sympathie du régime Nazi
    - Il sait très bien que l'ordre juridique Nazi était immoral
  - Dès lors que les juges peuvent invalider ou débattre rétroactivement de la portée ou l'étendue d'une loi, ils ne font pas du droit mais de la politique, de l'histoire, de la morale
    - On ne peut pas se couvrir du droit pour invalider une loi
- Réponse de Fuller (Naturaliste)
  - Une loi doit répondre à un impératif de justice
    - Le droit ne peut être totalement déconnecté de la réalité sociale, politique et morale dans lequel il s'élabore
  - Le droit à une morale qui se structure de deux manières : externe et interne
    - Moralité interne
      - Cohérence, promulgation, non rétroactivité, clarté, constance, durée
        - Cf. Fuller – La moralité du droit
    - Moralité externe
      - Varie selon les ordres juridiques et les sensibilités éthiques de communauté
        - La moralité du droit Suisse n'a rien à voir avec celle du droit anglais ou français
        - On le voit dans les domaines d'éthique juridique (ex : euthanasie)
  - Un ordre juridique sans moralité interne ou externe doit être rejeté car ce n'est pas du droit
    - La moralité d'un ordre juridique en fait sa légitimité
  - L'ordre Nazi était immoral
    - Les juges de la Cour allemande (l'instance de recours) n'ont qu'exercé leur pouvoir d'interprétation
      - Ils ont introduit un jugement moral
        - Certes à priori non juridique, mais oui vu que le droit et la morale ne sont pas totalement dissociés
  - Il y a une exigence de moralité dans l'interprétation d'une norme, d'une loi, d'un règlement
  - C'est le débat public qui détermine la moralité externe d'une communauté
    - La moralité interne intéresse beaucoup plus Fuller car les critères sont plus clairs
- Suite du débat
  - Nombreux échanges d'articles pendant 3 ans, conclusions assez proches

- Hart admet que la Cour allemande a eu raison, mais pas sous l'angle juridique
  - C'est une décision qui ne relève pas du droit
  - On ne peut pas dire que la Cour a fait du droit, elle a fait de la morale
- Les deux admettent qu'un ordre juridique immoral ne peut résister au temps et au jugement de l'histoire et finit par succomber
- Différence notable du débat
  - Fuller
    - Les juges ont légalement le droit d'invalidier une loi considérée comme immorale ou inéquitable
    - Ils ont un grand pouvoir d'interprétation
  - Hart
    - Les juges ont le droit moral de ne pas les appliquer
- Ce débat réanime la position des naturalistes
  - Association du droit et de la morale

### LA METAMORPHOSE DU POSITIVISME TRADITIONNEL : HERBERT HART

- Contexte Historique
  - Suite au débat avec Fuller positivisme Vs naturalisme, dans les années 1950
- La philosophie du langage
  - Hart a eu le besoin de clarifier ce qu'est le droit et la morale
    - Une clarification importante : les gens utilisent les mêmes termes pour désigner des réalités différentes
    - Il a été très marqué par la philosophie du langage
  - Le pape de cette philosophie : **Ludwig Wittgenstein**
    - Grand philosophe autrichien mort en 1951
    - Il a marqué la philosophie en général, surtout la philosophie du langage
  - « Il faut dépasser la métaphysique et les énoncés de la tradition du droit naturel ou de la métaphysique qui ne sont même pas faux mais sont des non-sens »
    - Il est agacé par les naturalistes et les physiciens
  - « L'énoncé « Dieu existe », comme il ne peut faire l'objet d'aucune démonstration empirique c'est une pseudo proposition qui ne peut satisfaire au principe de vérifiabilité, car il relève de la conviction intime et personnelle ; c'est en tout cas pas un fait »
  - Il vise les gens qui emploient des mots pour des réalités non démontrables
    - Propositions surnaturelles
  - Il formule 4 propositions
    - Lorsque nous parlons, il existe des phrases qui exercent des fonctions différentes
      - Notre langage est une sorte de boîte à outils où nous utilisons des outils distincts pour exprimer dans des usages différents ce que nous voulons dire
    - Le langage est mobilisé dans une pratique
      - Les mots ne trouvent que leur véritable sens dans l'usage qu'on en fait
    - La pratique du langage est en fait un jeu

- Nous passons notre vie à jouer avec les mots, consciemment ou non
    - La pratique, le jeu de langage nécessite deux choses
      - La connaissance des règles du langage
        - Parler une langue correctement
      - Respecter les règles du langage
        - Pas de langage privé qui se réfère qu'à des expériences connues de moi seul
    - Exemple de Wittgenstein : le jeu d'échec
      - Je ne sais pas ce que vous allez dire, quelle pièce vous allez avancer, je connais les règles, etc.
      - Le langage est une texture ouverte, il est infini
      - L'image du jeu d'échec sera reprise par Hart
        - Le droit est une texture ouverte, un ensemble de combinaisons infinie, de règles, de lois qui s'entremêlent.
    - Il y a une multitude de possibilité d'énoncés : Existe-il une possibilité de trouver une vérité unique, universelle, généralisée ?
      - Le langage étant indéfiniment ouvert, il est extrêmement difficile de prétendre à la vérité unique
    - Le langage a trois fonctions, lorsque nous parlons nous faisons trois choses
      - Dimension locutoire
        - Nous parlons, dimension purement technique
      - Fonction illocutoire
        - Nous donnons un sens précis à un terme ; la valeur de notre énoncé
      - Dimension perlocutoire
        - Les effets que produisent notre discours sur un tiers
      - Exemple de la promesse de mariage
        - « Je te promets »
          - On parle
          - On change notre statut matrimonial
          - Effet sur les invités
- Influence de la philosophie du langage sur Hart
  - Les règles de droit sont d'abord des énoncés de langage
    - Il existe donc une imprécision constitutive au droit
  - Le droit est une texture ouverte à tous les jeux de langage
    - Ce n'est cependant pas un concept vague
      - Le problème est que sa définition des règles de droit implique que nous ne nous tombions pas dans les définitions à priori mais que nous en comprenons le sens dans l'usage même des règles de droit
        - C'est donc dans son application qu'on peut en extraire le sens précis
- Le jeu du droit
  - Le jeu du droit est complexe et composé de deux catégories de règles
    - Règles primaires
      - Constituent le droit, le socle d'une société

- Règles qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux membres d'une communauté ; règles de base d'une communauté
  - Ne pas voler, ne pas tuer
- Cf. : Les éléments constitutifs du droit – Hart
  - La Constitution contient quelques primaires mais ce sont surtout des règles secondaires
- Règles secondaires
  - Précisent comment et par qui les règles primaires peuvent être modifiées, changées ou abolies
    - Ex : comment un parlement change de législation
    - Met en forme juridique les règles de vie sociale
  - Celles qui intéressent Hart
  - Elles sont de trois ordres
    - Règles de reconnaissance
      - Constitution, règles faisant autorité
      - Décrit, dévoile les règles obligatoires, les normes suprêmes
    - Règles de changement
      - Habilitent certains à créer de nouvelles règles, modifier les règles existantes
        - Ex : les lois qui transforment la loi sont des règles de changement
          - Ensemble des actes qui habilitent des particuliers à conclure un certain nombre d'acte juridique
    - Règles d'adjudication
      - Les plus importantes pour Hart
      - Déterminent comment et qui est habilité à déterminer si une règle est transgressée ou non : les juges
      - Fonction essentielle dans la société car le juge est un réducteur d'incertitudes
      - Hart déplace donc le rôle de l'interprétation juridique vers le juge
      - Le droit est un ensemble d'énoncés à préciser : c'est le juge qui va la préciser
- L'exercice du pouvoir du juge
  - Je juge à un pouvoir de **réduction d'incertitudes**
    - Les cas simples
      - Être la bouche de la loi
        - Appliquer une règle de droit de manière mécanique sans réduire aucune incertitude
    - Les cas limites
      - Borderline case
        - Cas dans la pénombre du droit, dans laquelle le juge doit interpréter le droit, préciser le sens des mots
  - Problème

- Sur quel critère le juge se base pour définir une bonne ou mauvaise décision ?
  - Aucun raisonnement ne peut garantir que le juge fait le bon choix
- Hart s'est préparé à cette critique
  - Il a séparé le droit et la morale mais a accepté l'idée d'être un soft positivist
  - Le droit et la morale sont différents mais il croit en l'existence de moral rights
    - Distincts des droits juridiques
      - Supérieurs à eux à certains égards
  - Positivist modéré
    - Les droits moraux sont nécessaires et supérieurs aux règles de droit traditionnelles
- Pourquoi ce revirement ?
  - Il sait que le droit véhicule des valeurs morales qui peuvent être sujettes à contestation
    - Nous n'avons pas tous la même moralité
  - Il rejette surtout le « moralisme juridique »
    - L'idée que le droit est là également pour promouvoir certaines valeurs morales
      - Le droit instrumentalisé pour la promotion de certaines valeurs morales ; la morale de qui ?
      - Quid des conduites amORALES qui ne nuisent à personne ?
  - Il est très hostile à un ordre juridique qui contraindrait quelqu'un au nom de la morale à respecter des standards juridiques
- Il veut également dénoncer le paternalisme juridique
  - Protéger quelqu'un contre lui-même au nom de certaines valeurs
    - Le casque à vélo : le gars est responsable de lui-même, il ne fait de mal à personne
- Il est partisan d'un soft positivism (positivisme inclusif)
  - Il nous met en garde contre l'instrumentalisation du droit au service d'une soi-disante morale
  - Le droit et la morale doivent garder une saine distance ; ce sont deux domaines et champ d'application différents.
- Commentaire du texte – L'importance des définitions en droit

## **7. LA TENTATIVE DE SYNTHÈSE DE RONALD DWORKIN**

- Contexte historique
  - Deux livres
    - Prendre les droits au sérieux (1977)
    - L'empire du droit (1986)
  - Son but
    - Critiquer Hart et son positivisme

- Faire une synthèse entre la tradition naturaliste et positiviste et tenter de les réconcilier
- Contestation du positivisme
  - Deux points concernant Hart
    - Hart confond une règle et un principe
      - Il y a un troisième élément en plus des règles primaires et secondaires : le principe
        - Il faut tenir compte du poids d'un principe dans une décision ou un débat législatif
      - Derrière une règle il y a un principe qu'il faut déterminer et que le juge doit appliquer
        - La pesée des principes
    - Hart **confond obligation et devoir**
      - Hart
        - Les devoirs existent quand il existe des règles sociales qui les promeuvent
          - Le concept de devoir découle donc d'une règle morale, pas d'une règle de droit
      - Dworkin
        - Derrière un droit il y a un devoir qui lui est lié
          - **Dissocier une règle sociale d'une règle de droit est une erreur**
  - Concernant le positivisme
    - Deux principes généraux
      - Principe d'équité
      - Principe d'égalité
    - Selon ces deux principes il faut prendre le droit au sérieux
      - Il n'est pas naturaliste
        - Les fameux droits (fondamentaux, abstraits) ne sont pas donnés par la nature
          - Même pas certains que ces droits peuvent être prétendus universels
          - Ils doivent être précisés, énoncés, structurés par le législateur et le juge
            - Le droit étant en mouvement, le juge est indispensable au législateur
    - Il va donner deux principes généraux
      - Prendre le droit au sérieux
        - Défendre l'idée de dignité humaine
          - Il y a des manières de traiter un Homme qui sont en conflit avec la reconnaissance de celui-ci comme membre d'une communauté
        - Principe de base d'un ordre juridique
          - Car on le retrouve dans toutes les cultures juridiques
          - Unificateur donc

- **Egalité humaine**
      - Les membres les plus faibles d'une communauté ont le droit à la même attention et au même respect de la part de l'Etat
  - Une des principales idées de Dworkin
    - Il est illusoire de croire qu'une norme juridique est totalement dissociable de nos valeurs
      - Ce sont des valeurs interdépendantes
    - Le droit est profondément imbriqué avec les normes et valeurs d'une société
      - Ça ne sert à rien d'essayer de réfléchir au droit comme autre chose qu'un concept interprétatif
    - Ce n'est pas une texture ouverte, c'est interprétatif
      - Le juge ne déduit pas des incertitudes
        - Il doit interpréter sur la base des principes le droit tel qu'il est et pas tel qu'il doit être
      - Un juge peut prendre une bonne décision
        - Même si le droit est indéterminé, il est possible de trouver qu'une seule et bonne réponse
        - Les juges et avocats argumentent pour arriver ensemble à la bonne manière d'interpréter le droit
          - Possibilité d'une « Forme d'objectivité juridique à trouver »
      - Il veut refermer cette vision trop ouverte du droit qu'Hart avait défendu
        - La morale et le droit ne sont pas dissociable mais surtout ils sont interdépendants
- Conclusion
  - Il a défendu sa doctrine, principalement sur
    - La primauté des droits
    - L'impossibilité de trouver un accord sur la moralité
    - Possibilité du plus petit dénominateur commun
      - Pour contourner l'affirmation des positivistes qu'il est impossible de trouver des valeurs communes
- Pourquoi selon lui le juge n'est pas un réducteur d'incertitude, alors qu'il est tenu d'interpréter la loi de manière la plus constructive possible pour proposer la meilleure décision ?
  - Le juge n'est pas un homme qui de se concentrer sur le sens des mots en priorité
    - Il doit se concentrer sur les principes sous-jacents aux règles
  - Il ne doit pas préciser le sens des mots
    - Sa priorité est de voir à quels principes fait appel telle ou telle situation ou décision
  - Le droit n'est pas constitutivement indéterminé
    - On peut trouver la bonne ou mauvaise réponse car le juge est guidé par des principes (moraux notamment)
      - Les règles faisant partie intégrante du droit sont basées sur ces principes

- Hart donne donc beaucoup plus de pouvoir au juge que Dworkin
- Taking rights seriously (1997)
  - Tentative de donner un fondement théorique à nos droits et donner une notion cohérente de l'égalité
  - Il insiste sur
    - La nécessité qu'un ordre juridique traite les gens avec respect et attention
    - Un respect égal et une attention égale
      - Philosophie de l'égalité
        - Intègre la nécessité de l'égalité entre les hommes

## **8. Critical Legal Studies**

- Généralité
  - « Ecole critique du droit)
  - Mouvement né en parallèle aux réflexions de Dworkin
  - Emerge dans les années 1970 aux USA
    - Dworkin tente de réconcilier positivistes et naturalistes
  - Deux hommes à l'origine des CLS
    - Duncan Kennedy
    - Marc Tushnet
  - Idée principale
    - Croire qu'un juge rende une décision impartiale est un leurre total
      - Semblable à Hart
  - Contexte
    - Les partisans CLS étudient dans les années 1960-1970
      - Impact de la guerre du Vietnam
      - Impact du mouvement des civils rights
        - MLK
          - La loi n'est ni neutre ni indépendante de toute valeur
          - La loi est inséparable de la politique
- Sources d'inspirations non américaines
  - Ecole de Francfort
    - Groupe d'intellectuel allemand d'obédience Marxiste
    - Irrigue la pensée juridique en général en 50-60
    - Principale thèse
      - La connaissance, ce que nous savons, est historiquement et socialement déterminé
        - Si tu sais ce que tu sais c'est que tu a été marqué et conditionné par un environnement historique ou social
          - Idée repris par les CLS
  - Pensée structuraliste

- Partisans français d'une critique textuelle très forte
  - Essayent de démasquer dans le langage la structure de notre pensée
    - Décomposent le discours écrit ou oral et essaient de reconstruire la structure mentale derrière ce discours
  - But
    - Trouver s'il y a ou non des structures qui se répètent dépendamment de notre origine
    - Conclusion
    - Nous sommes conditionnés par un environnement historique et social et que notre discours est structuré de cette manière là
- Quatre propositions des CLS
- Law is politic
    - La politique est dans la structure même de la loi
    - La loi et la politique sont indissociables
      - Le droit n'étant jamais objectifs
    - Les juges sont influencés dans leurs décisions par des facteurs sociaux et politiques
  - Le droit est, par nature, indéterminé (Indétermination du droit)
    - Il faut l'accepter et reconstruire un ordre juridique de ce fait
    - Les textes juridiques sont sujets à de multiples interprétations et aucune n'est supérieur à l'autre
      - Elles sont seulement politiquement ou socialement connotée
  - Si le droit est indéterminé, il devient un instrument d'une classe dominante qui prend des décisions légales et impose sa vision du droit
    - La justice n'est qu'une façade idéologique permettant de dissimuler le caractère parfois oppressif du droit
  - Remise en cause de l'éducation des juristes
    - Ils ont voulu changer l'éducation juridique
      - Pour éviter qu'elle ne soit un moteur de reproduction de hiérarchie traditionnelle des élites
    - Ils se sont battus pour changer les plans d'étude pour éviter que les étudiants soient orientés
    - Objectif
      - Créer un groupe de critique capable de réformer de l'intérieur la profession juridique
- Influence des CLS
- Les quatre propositions se retrouve dans tous les grands textes fondateurs des CLS
  - On retrouve leur influence partout dans la recherche, en droit continental ou common law
  - Leurs arguments peuvent être utilisés aujourd'hui par des avocats
- Rapport avec la théorie du droit naturel

- Points communs
  - Critique du droit positif
    - Notamment sa vision formaliste
  - Confrontation des injustices et imperfections d'un droit formel
- Différence : les objectifs
  - Les naturalistes
    - Trouver un fondement théorique à l'existence de nos droits fondamentaux
  - Les CLS
    - Déconstruire un raisonnement juridique qui vise à asseoir une domination juridique, politique, idéologique
- Critique
  - Ils critiquent beaucoup mais proposent peu
    - Ça reste un mouvement fondamental
- Texte : P. Bourdieu
  - Généralités
    - Bourdieu est le plus grand auteur post structuraliste
    - Adaptation de beaucoup d'arguments post structuraliste au droit
    - Approche très sociologique dans ce texte
  - Utilisation de la méthode de déconstruction comme méthode d'analyse
    - Présenté dès l'introduction
      - Science rigoureuse du droit à distinguer de deux autres courants
        - Le formalisme (positivisme)
          - Prétend que le droit est indépendant du monde social, autonome
        - L'instrumentalisme (approche Marxiste)
          - Définit le droit selon ses fonctions politiques uniquement sans décrire les spécificités du droit
      - Il faut identifier comment le droit marche réellement
        - Les CLS doivent identifier les structures cachées menant au résultat du discours juridique
          - Discours juridique : le droit. En disant « discours juridique », on
            - Se rapproche de la philosophie du langage
            - Souligne que le droit est ce que les juristes en font
  - Approche historique et sociologique du droit (pages 6-7)
    - Le discours juridique est le produit d'une lutte interne entre les professionnels du droit
    - Opposition entre
      - Praticiens (juge, avocat)
      - Théoriciens

- Les interprétations du droit sont influencées par des cas concrets qui adapte le droit à la réalité du monde
        - Les théoriciens vont rationaliser ces solutions concrètes
    - Le caractère indéterminé du droit
      - Critique du formalisme juridique (comme les réalistes)
        - Le discours légal ne va pas arriver à la hauteur de ses ambitions
          - Il ne peut pas seul déterminer la réponse de cas concrets, ni les résoudre juridiquement
      - Différence marquée entre les réaliste et les réalistes plus spécifique que sont les CLS
    - Caractère partiellement contraignant
      - Ce n'est pas parce que le droit est indéterminé qu'on peut dire n'importe quoi
        - Le droit est un discours qui a ses règles, sa structure
        - Important de former ses arguments en prenant compte de cette structure et ce vocabulaire pour être pris au sérieux par le monde juridique
      - Dans un procès, une partie non représentée est très défavorisée par rapport à une partie défendue
    - Le droit est un artifice qui va cacher le véritable processus décisionnel
      - Le discours juridique est une façade et n'est pas autonome
        - Il a recours a de véritables techniques qui vont cacher en apparence son incapacité à régler les différends
        - Il ne peut pas être déterminé et utilise des artifices pour faire semblant de l'être
    - Les décisions en droit vont consacrer l'ordre établi (statu quo)
      - Le discours juridique va consacrer le statu quo
      - Même si le droit est indéterminé et qu'il y a plusieurs possibilités de solutions à un cas pratique, au final le droit va toujours préférer la perpétuation des structures qui ont le pouvoir au moment où la décision est rendue
        - Grande critique par les CLS à l'encontre du droit
          - Il va toujours favoriser les solutions juridiques par rapport à d'autres sans aucune base formelle
- Texte : Koskenniemi *From Apology to Utopia; The Structure of International Legal Argument*
  - Généralités
    - Ses positions structuralistes vont fortement influencer les CLS
    - L'influence des CLS sur le domaine du droit (USA, DI) s'explique par le fait qu'ils ont su parler aux praticiens dans un langage qu'ils ont compris.
      - Leurs arguments ont influencé le droit

- Mais ne perdons pas de vue tout le capital légitimité qu'il y a quand un praticien s'adresse à un autre pour critiquer le droit en pratique
- Théorie universelle du droit
  - Beaucoup de CLS vont faire des théories limitées à certains domaines du droit (droit des contrats, droit pénal) parce qu'ils s'adressent aux praticiens.
    - Pour convaincre un praticien, il vaut mieux s'adresser directement à lui dans son domaine précis.
- Critique générale du DI
  - Va chambouler le DI
  - Publication de son livre en 1989
  - Le DI est à bout de souffle, fin de la guerre froide, institutions paralysées, etc
  - Le livre va participer au renouveau du DI
- Caractéristiques historiques du DI selon Koskenniemi
  - Il commence son livre en disant que le discours légal en DI, du point de vue positiviste, est né de son opposition aux politiques
    - Le DI va se définir en
      - Régulant les rapports de force entre sujets de droit
      - Faisant une distinction entre ce qui est
        - Politique (choix, préférences)
        - Droit formel (objectifs)
    - En DI, il ne peut y avoir de préférences sinon on ne peut le distinguer de la politique
      - Le DI a ce besoin absolu de se distinguer de la politique pour exister
  - Deux tendances ayant émergé depuis le 19<sup>ème</sup> siècle
    - Pour paraître objectif, le DI doit se distancer des théories du droit naturel – Il faut déduire le droit de la pratique des Etats
      - Le triomphe du positivisme s'est transcrit dans le DI au 19<sup>ème</sup>
      - Le DI a alors du montrer qu'il ne consistait pas en une application d'une théorie générale de la justice qu'on appliquerait sur les Etats sans leur consentement
        - Afin de se justifier de ne pas être politique
      - Pour que le droit ne soit pas politique, il doit se déduire de la pratique des Etats. Les Etats sont législateurs.
    - Pour que le droit reste objectif, On ne peut pas laisser faire aux Etats ce qu'ils veulent
      - Le droit doit être prescriptif et contraignant, sans ça il serait vidé de sa substance et on se retrouve avec un discours qui ne remplit pas les critères formels du droit positif selon les positivistes
- Structures argumentatives qu'il identifie en DI
  - Deux manières de formuler son argument en DI

- On peut structurer son argument en faisant appel à des principes généraux
  - La notion de justice, d'intérêt commun, de progrès etc.
  - Notion devant être considérées antérieures et supérieure à la volonté des Etats
    - C'est la « Méthode normative »
      - On vient du haut vers le bas et on applique qchse au comportement des Etats, on applique une norme
      - On va du général vers le particulier
        - Idée : les normes triomphent sur le comportement des Etats
    - Problème
      - Critiques : on fait triompher une sorte de préférence d'idée politique en appliquant un système de norme à un Etat pas d'accord
        - On applique une théorie objective de la justice : On fait donc du politique !
- On peut baser son raisonnement sur la volonté des Etats
  - Manière concrète
    - Les arguments sont construits de manière ascendante
      - On va du concret vers le normatif
        - Seul la pratique des Etats peut déterminer ce qui est le droit
          - Sinon : théorie objective de la justice (et donc politique)
  - Critiques
    - Elle est subjective
      - Elle va refléter les préférences spécifiques des Etats (leur politique)
- D'un extrême à l'autre
  - D'un côté ; casuistique totale
    - Les Etats font des choses et on ne peut pas lui donner l'objectivité et la logique dont on a besoin pour faire un système juridique
  - D'un côté ; quand on essaye d'ordonner ce que font les Etats
    - On se fait critiquer, car ce ne sont pas les Etats qui ont créé cette justification, c'est une personne avec ses préférences etc
      - Ce ne sont pas les Etats qui ont décidés
- Selon K, il n'y a pas d'autre structure argumentative que ces deux. Il faut utiliser les deux pour qu'un argument soit valable.
  - D'un côté on est dans l'apologie (on ne juge pas ce que font les Etats et on applique aucune règle), de l'autre on est dans l'utopie (théorie objective de la justice qui se détache de la pratique des Etats
- Problème : elles sont irréconciliables

- On ne peut pas en même temps raisonner de l'abstrait au concret et du concret à l'abstrait
- Toutes les stratégies de réconciliations échouent
  - On commence à avoir des structures administratives qui alternent entre concret et abstrait.
    - On ne va pas avoir de super structure pour décider où on va arrêter cette argumentation juridique
- Faire un va et bien entre le positivisme et le naturalisme c'est déjà quelque chose
  - C'est dans le « comment osciller » que la réflexion de K est intéressante.
- Conséquence : caractère indéterminé du DIP
  - Pas comme le diraient les réalistes
    - Les notions ne sont pas définies
  - Mais par sa définition même
    - Cette définition oblige à accepter des arguments de deux familles différentes sans pouvoir en préférer aucune
  - Comme Bourdieu
    - Le droit est incapable d'être autonome, il va se cacher derrière une façade d'autonomie alors qu'il a besoin d'éléments externes au droit pour arriver à une décision concrète.
      - En gros, rien dans le discours légal ne va permettre de justifier la résolution d'un cas pratique en DI
        - Le choix va donc forcément être arbitraire
          - Il va avoir besoin d'éléments extra-juridiques
  - Truc du schéma (rien compris)
- Processus décisionnel caché et qui consacre l'ordre établi : le biais structurel
  - Question :
    - Comment ça se fait que avec un droit formel indéterminé il existe un sentiment professionnel de spécialiste qui nous permet de prévoir la solution que va donner une institution juridique à un problème juridique ?
  - Réponse
    - Il existe un biais structurel
      - Montre la différence de certains acteurs juridiques pour certaines solutions
        - Ces solutions vont préserver le statu quo
      - Le juge a un biais (normatif, social, historique, politique) qui va conduire sa décision
        - Cf. Cas pratique
          - 5 juges arrivent à 5 solutions différentes pour les mêmes faits
            - Selon leur biais structurel !
  - Dworkin a tenté la synthèse en droit interne entre positivistes et nationalistes
    - K a fait pareil au niveau du DI !

- La liberté de choix qu'offrent le discours juridique en DI ne va pas jouer totalement son rôle
    - Les différents acteurs ont des préférences régulières pour certaines structures argumentatives
      - Ce choix va être motivé par la politique, la préférence
        - Véritable pouvoir au juriste : il y a plus d'alternative qu'on pense
        - Le droit formel peut être utilisé pour changer le biais structurel
  - On essaye vraiment de responsabiliser les praticiens sur le pouvoir qu'ils ont sur la société
- Conclusion sur l'influence des CLS
- Conséquences pour la profession selon un CLS
    - Une fois posé le diagnostic des CLS sur le droit formel, quels changements devraient avoir lieu dans le comportement des praticiens ?
      - K : chaque institution a son propre biais culturel
        - Le forum shopping
          - Est un vrai phénomène
          - Le choix de l'institution a une influence décisive sur l'issue du procès
        - Des changements sociétaux vont devoir être menés dans toutes les institutions
          - Pour changer le monde, il va falloir aller partout
            - Pour défendre l'écologie, il faut aller à l'OMC pour changer le biais structurel !
              - C'est un impact concret, autant que de défendre l'écologie de façon classique
    - Il faut responsabiliser le juriste
      - Il doit identifier ces biais structurels et les lier aux injustices
        - Mieux reconnaître ce qu'il se passe dans le droit pour mieux influencer les décisions et les amener à des progrès sociaux
    - Il faut changer l'enseignement du droit
      - Il faut apprendre le droit selon les CLS
        - Apprendre les structures cachées
        - Reconnaître les biais structurels pour pouvoir influencer mieux les décisions dans le monde extérieur
  - Critique du mouvement CLS
    - Déconstruction sans reconstruction, c'est irresponsable
      - Ils ont montré les failles du droit formel, mais aucune proposition pour combler ces lacunes

- Réponse d'un CLS : oui, mais je ne pouvais pas reconstruire
    - Le droit formel a été socialement et historiquement construit, il y a une idéologie positiviste qui prime et n'est pas prête de partir
    - Tout ce que je peux faire comme juriste c'est prendre avantage des lacunes des lois pour faire prévaloir une certaine politique, un certain changement social
  - Influence des CLS sur le droit contemporain
    - Aujourd'hui, il n'y a plus de conférence annuelle, revue CLS
      - Ni de juriste qui se dise uniquement CLS
    - Les conclusions du mouvement ont parfois été intégrées dans des raisonnements juridiques ou des philosophies juridiques
      - En DI, beaucoup de recherches sont faites avec cette vision CLS
    - On retrouve ces bases dans des mouvements contemporains
      - Critical Races theory
      - Approche féministe du droit
      - Approches queer du droit
    - Une fois qu'on a identifié un biais structurel
      - Il n'y a qu'un pas pour dire « mais qui est-ce qu'il a avantage ? »
        - Blanc cis hétéro
- Deux problèmes d'aujourd'hui
  - Les CLS disent « toute décision de justice est biaisée et socialement déterminée »
    - On comprend pourquoi dans certains pays, le statut du juge est contesté
      - Entre la légitimité populaire et la légitimité d'une personne non élue, il y a une tension
        - Les CLS n'ont pas rendu service au juge en montrant qu'il appliquait le droit via un nombre de biais
  - Les CLS ont beaucoup déconstruit (race, genre)
    - Critique : What next ?
- Les théories féministes du droit
  - Vise à déconstruire notre réflexion sur le droit
    - Sortir du biais genré
    - Propose une lecture neutre, impartiale et indépendante du droit
  - Exemple d'utilisation de la tradition des CLS
    - Toute une tradition d'étude du genre a importé dans la réflexion des rapports entre droit et genre les 4 propositions des CLS
    - Comme nous l'on montré les CLS, les partisans disent que les femmes sont fondamentalement écartées par le mécanisme juridique

- Nos ordres juridiques ne font que perpétuer un ordre politique dont on ne sortira qu'en déconstruisant et repensant complètement la construction du droit
- Le droit est un instrument d'une forme de domination (genrée ou liée à la diversité)
  - (Caricature) Il a été créé par et pour des hommes
- Le droit dans son rapport au genre part dans trois directions
  - En quoi la loi serait différente si elle tenait compte de la position des femmes par rapport à cette loi et de l'expérience des femmes ?
    - Exemple : Débats sur la définition du consentement en droit pénal
  - Déconstruction de certains concepts juridiques biaisés parce qu'ils ont été construits par et pour un ordre masculin
  - Réflexion sur les normes juridiques, la morale, qui ne sont que la représentation d'une vision « patriarcale » du monde.
- Un point d'histoire sur Le débat sur le droit et le genre
  - Commence au 19<sup>ème</sup> en Angleterre et USA
    - Première vague des juristes féministes
      - Droit de vote des femmes
      - Droit du mariage et du divorce
      - Dispositions du droit des successions
        - (L'ainé mâle qui hérite des biens matériels)
    - 1960
      - Deuxième vague
        - On développe une critique de l'ordre juridique masculin
        - On valorise une approche purement féministe du droit
        - Aidé par des philosophes qui ont aussi influencé les CLS
        - Deux grandes lignes d'attaque
          - Refus de la distinction entre homme et femme
            - Réfutation du binôme raison/émotion
          - Mise en avant de la subjectivité complète des ordres juridiques
            - Les inégalités se répercutent au sein des groupes de femmes
            - On tente de les corriger par le droit
              - Bataille sur l'égalité salariale
  - Parenthèse
    - « Une femme d'exception » ; Film sur la Juge de la Cour suprême morte y a peu
      - Première femme à accéder à cette fonction
      - Toute la première partie du film est la défense d'une approche différente sur un cas d'espèce

## 9. LE CAS DES SPELEOLOGUES

- Répond à la question : pourquoi c'est important de connaître la position philosophique d'un juge ?
  - o 5 juges ayant des positions différentes, arrivent à des conclusions différentes à partir de faits identiques
  
- Résumé
  - o Plaignants accusés de meurtre, condamnés à mort, font appel
  - o Faits
    - Des spéléologues vont se bloquer dans une grotte
    - Après 20 jours, ils apprennent qu'ils ne survivront jusqu'aux secours que si ils mangent l'un d'eux
    - Ils étaient tous d'accord pour tirer au sort. Ils tirent au sort et en mangent un. Ils sont condamnés à mort pour meurtre
  
- Les positions des juges
  - o Juge Truepenny (défend un point de vue politique du droit, s'en remet à l'exécutif)
    - La condamnation est valide, mais elle doit s'accompagner d'une demande de grâce au chef de l'exécutif pour concilier le respect de la loi et l'exigence d'équité
    - La sympathie inspirée par ce cas particulier ne doit pas nous influencer, la grâce est un problème politique et non juridique, c'est le chef de l'exécutif qui doit prendre sa décision de par son pouvoir de grâce
  
  - o Juge Kean (Positiviste stricte)
    - La condamnation est fausse
    - Deux grandes lignes
      - Le caractère moral/immoral d'un acte, même en présence de conditions atténuantes ne sont pas à prendre en compte pour le juge
        - o Le droit et la morale sont radicalement séparés
      - Les juges ne doivent surtout pas interpréter (« créer du droit »)
        - o Le juge n'est que la bouche de la loi
      - Argument : le juge ne peut pas essayer de retrouver les intentions du législateur derrière une loi, de créer du droit
        - o Le juge ne peut pas combler les imprécisions juridiques
  
  - o Juge Foster (Naturaliste stricte)
    - Les accusés doivent être innocentés
    - Idée : la loi ne peut pas être complètement indépendante de l'idée de justice
      - La loi doit intégrer la notion de justice pour réussir l'épreuve du bien commun
    - Trois grandes lignes
      - Argument du droit applicable
        - o La loi positive telle qu'elle est établie n'est pas applicable. C'est la loi de nature qui doit s'appliquer.
          - Nous ne sommes pas à l'Etat de société mais sous la terre, de tous contre tous

- Il est illusoire de croire que le droit s'applique pareil à 60m sous terre
  - La notion de contrat social (vu qu'il y a un état de nature) implique que nous maintenions à l'état de société une éthique juridique faisant qu'on ne peut pas ne pas tenir compte de cette loi naturelle fondamentale du principe d'autoconservation
  - La loi ne peut/doit pas être appliquée en contradiction avec son objectif
    - L'objectif du droit pénal est de dissuader les criminels de commettre un meurtre
    - Ce n'est pas un meurtre ; on ne peut pas appliquer mécaniquement la loi, en contradiction avec son objectif
      - Dans ce cas là, c'est un cas de survie, on ne peut pas dissuader qui que ce soit
        - La menace de la condamnation pénale n'est d'aucune utilité face à un individu qui est entre la vie et la mort
- Juge Tatting (Entre-deux) (Utilitarisme ou Soft positivisme (Hart), en théorie on sépare droit et morale, mais en pratique c'est difficile)
  - Refuse d'abord de prendre position
  - Il faut maintenir la condamnation
  - Deux arguments principaux
    - Le juge n'a pas un pouvoir d'interprétation très étendu
      - L'appréciation du juge est nécessaire mais les objectifs d'une loi étant multiple, on ne peut pas commencer à s'intéresser à l'intention du législateur, ça n'est pas le rôle du juge
        - Il faut simplement appliquer la loi telle qu'elle existe (positivisme)
    - La légitime défense ne peut pas être invoquée
      - Wetmore n'a ni attaqué, ni menacé
- Juge Handy (Dworkinien, réaliste américain, le sens des mots)
  - Les accusés doivent être innocentés
  - Trois raisons
    - Tout jugement évolue dans un contexte dont il faut tenir compte
      - Les sondages d'opinion montrent une vaste majorité de citoyen favorables à la relaxe des accusés
    - Tout indique que le chef de l'exécutif sur lequel veut se reposer le président ne va pas gracier les accusés
      - Il faut que nous prenions une décision et assumons nos responsabilités
    - La mort de 4 personnes (les accusés) représenterait un coût disproportionné pour la collectivité (10 sauveteurs morts + le mangé)
  - Mots clés
    - Contexte
    - Forme et concept juridique étant des instruments

- Unicité des cas qu'il faut traiter et interpréter de manière différente selon la situation

### CONCLUSION

- Tentative de réponse à la question : le droit et la morale sont-ils séparés ?
  - La position du juge prend une forme nouvelle
    - Le débat ressurgit aujourd'hui
    - Dans de nombreux pays, débat sur le rôle politique du juge (donc du droit)
      - Opinion : le fait de juger est un acte politique, il faut donc parfois parler de contrôle de constitutionnalité, opposition entre démocratie et avis des juges
  - Il est cependant extrêmement rare (hors cas borderline) qu'il y ait une décision judiciaire exempté de tout jugement moral
  - Principe de précaution
    - Utilisé de plus en plus en droit de l'environnement
      - Droit minier, droit de forage, droit pharmaceutique
  - Difficile d'être un positiviste pur et dur
    - Droit à l'avortement
    - Mariage pour tous
    - PMA
- Illustration : Difficulté de séparer droit et moral
  - Cas de la Cour allemande de 2006
  - Faits
    - Jugement d'anti-constitutionnalité de la loi allemande sur la sécurité aérienne
      - 14 3 de cette loi autorisait l'armée allemande d'abattre un avion détourné en vol
  - Argumentaire de la cour
    - La dignité humaine est la valeur fondamentale de la constitution allemande
      - Choix moral
      - Le fait d'abattre un avion ferait de ses passagers des moyens et non des fins ; ils seraient dépourvus de droits et de dignité
    - Considérer que les passagers sont devenus une arme dangereuse ou condamnés ne les prive pas de leur qualité d'êtres humains
    - Il n'y a pas de certitudes que l'avion va se crasher. On ne peut prédire l'issue de ce détournement d'avion
    - La protection de la dignité et des droits humains est un droit qui ne considère pas la durée de l'existence physique mais est universel et intemporel
  - A retenir
    - La cour a fait un choix moral
    - Ce choix repose sur la théorie morale de Kant (cité dans l'arrêt).