

Philosophie du Droit

Notes de cours 2008-2009

Prof : H. Torrione

NB : errare humanum est. Cela vaut aussi pour le contenu de ce poly.

Premier
Semestre

HART

1/ LES 3 QUESTIONS

Il a voulu approcher le droit de manière presque scientifique. Le droit en tant que tel a pour but de rendre la conduite humaine obligatoire. Pour Hart, le droit n'a rien à faire avec la morale. Une loi pourrait être perçue comme obligatoire même si son contenu est immoral. C'est la même idée que l'ensemble des positivistes.

Page 85 poly, 2 derniers paragraphes

Il veut faire une théorie du droit qui s'applique autant à une démocratie qu'à un état totalitaire.¹

Page 139 poly comme exemple : art. 130 II CC : Extinction de la part la loi

- 1/L'obligation d'entretien s'éteint au décès du créancier ou du débiteur*
- 2/Sauf convention contraire, elle s'éteint également lors du remariage du créancier.*

Pourtant, ces règles de droit, bien qu'elles ne soient pas des règles de comportement, peuvent influencer celui-ci. Hart dit que le Reich reste un système juridique avec des règles de droit bien que ces règles soient injustes.

Kelsen a développé la même idée avec sa « théorie pure du droit » où il distingue clairement ce qui est juridiquement obligatoire de ce qui moralement obligatoire. Pour lui, le droit est un ordre de contrainte externe sans lien avec ce qui est moralement obligatoire. Le phénomène juridique doit être compris indépendamment de son contenu.

A l'opposé, on trouve souvent des profs de droit constitutionnel qui pensent que c'est à travers les principes juridiques que les valeurs morales sont concrétisées. C'est l'idée des biens fondamentaux par exemple : ça implique que le droit est imprégné de morale. En revanche, Hart en reste à l'aspect externe des règles de droit sans s'attarder sur leur contenu.

Poly page 86 paragraphe 1 : 3ème question

Hart pensait que les règles étaient forcément des règles de comportement, or Dworkin a dit : le droit est une affaire de principes juridiques et non de règles.

Hart pense qu'il est stupide et insensé de partir de cette idée parce que c'est une règle, c'est donc obligatoire. Parce qu'on ne sait pas vraiment ce qu'est une règle.

¹ Aristote, contrairement aux positivistes pense que les règles morales sont des règles de comportement. Pour Aristote, les règles de droit ne sont pas forcément des règles de comportement.

Philosophie du Droit

(j'ai relu et j'arrive pas à reformuler ni à comprendre ce que je voulais dire...)

Ces 3 questions permettent de progresser; il est convaincu que ce n'est pas le contenu moral qui fait les règles de droit.

2/ UN NOUVEAU DEPART

Page 86 du polycopié

L'idée est d'observer ce qui se passe dans la société plutôt que de se poser des questions théoriques. On voit dans la société des comportements qui se répètent, des sortes de règles comprises en dehors de toute sanction.

Il y a, par exemple, le fait de boire un café tous les matins, ou encore d'enlever son chapeau pour saluer une dame, ou de respecter des règles de grammaire. Dans le 2ème cas, il s'agit d'un comportement habituel.

Il y a 2 manières d'apprendre ça : soit on se réfère à un standard comme modèle (style anglosaxon) soit on évoque la règle de manière claire « vois tu, petit, quand on voit une dame on la salue en enlevant son couvre-chef ». La manière dont c'est appris n'est qu'une question de formulation, ce qui est important c'est le comportement standard.

Le but de cette remarque est de nous amener à indiquer la spécificité des règles de droit par rapport à l'ensemble des autres règles/comportements. Ce but devint le point crucial de sa philosophie.

Il y a, selon Hart, 3 critères pour distinguer la règle de droit d'une règle commune:

A/ dans la règle de droit la force de la pression sociale « for conformity » est plus élevée que pour les autres règles

B/ la règle juridique exige parfois des sacrifices pour qu'on puisse la respecter. Cela veut dire des sacrifices plus grand que dans les autres domaines.

C/ les règles juridiques sont liées au maintien de la société et donc à quelque chose d'important, alors que les autres règles, si on y déroge, ne nuiront pas au maintien de la société mais à qc de moindre .

Poly page 86

Cela met en évidence la structure normative du comportement humain en société. Cela relève aussi les caractéristiques d'une règle de droit.

3/ Le point de vue externe et le point de vue interne sur la règle

Par rapport à un phénomène social, il existe 4 situations.

A/ Totalelement extérieur : on est un observateur venu d'une autre planète, on n'est pas un humain. Aucun effort pour comprendre ce que fait l'être humain (comprend

Philosophie du Droit

pas pourquoi s'arrêter au feu rouge la nuit seulement si homme en costume)

B/ On est un observateur externe prenant le point de vue interne en considération. On est un humain. On observe et on comprend pourquoi les gens font ça (feu rouge = LCR, pas d'arrêt la nuit = youpi je me rebelle, arrêt si bonhomme en costume : car policier peut amender)

C/ Point de vue interne. On n'est pas un observateur mais on a quand mm un cerveau qui essaie d'expliquer d'après la situation dans laquelle je suis ce que je fais. Pas d'objectivité. Je suis en cours parce que voilà.

D/ Celui qui est aussi dans la fourmilière mais qui ne fait les choses que s'il y est contraint. Arrêt au feu rouge que si bonhomme en costume.

En philosophie du droit, c'est la deuxième position qui est bonne. On ne peut plus parler de règles, de droit et d'obligation.

On parle de règles pour le comportement des gens qui les suivent. C'est la bonne position pour Hart pour qui veut faire de la philosophie du droit. Il faut aborder les choses quand mm avec un regard externe.

4/ Approche externe privilégiée

Il préfère une approche extérieure pour voir si y'a une certaine régularité. Il faut que ça atteigne le niveau de discipline scientifique : être un observateur externe des faits sociaux. Hart veut une approche scientifique. Cela explique que Kelsen, dans la même ligne de pensée que Hart, appelle sa propre philosophie la « théorie pure du droit ». C'est donc une réflexion sur la pratique du droit : idée que la seule connaissance objective est celle qui est faite dans le cadre d'une description. C'est une attitude positiviste.

La philosophie analytique du droit est la philosophie qui consiste à analyser ce qu'on voit de l'extérieur. Dans cette approche externe, on constate le contenu des règles sans prendre position. On élabore une théorie qui soit applicable à n'importe quel système juridique, et on évite toutes les questions d'appréciation. Tercier disait qu'il était positiviste. Le praticien positiviste applique le droit tel quel sans se poser des questions de morale ou de justice. On part du fait que le législateur a exprimé sa volonté et qu'il faut appliquer mécaniquement les règles de droit.

Approche concrète du juriste positiviste qu'on peut mettre en lien avec Hart/Kelsen : c'est pas réaliste qu'un praticien soit vraiment positiviste, il n'y a qu'à lire la jurisprudence... les positivistes font de mauvais avocats.

D'autres disent qu'on ne peut pas se mettre en observateur externe (càd approche scientifique) quand on fait du droit. Une **approche philosophique** est possible selon Finnis.

Philosophie du Droit

C'est-à-dire qu'on part de l'expérience du droit de la pratique. Il n'y a donc pas de point de départ absolu puisqu'on part de l'expérience. Puisqu'on a toujours une certaine expérience, on a une certaine philosophie déterminée par cette expérience (si j'ai bien compris...). L'objectivité est dans la ligne de cette réflexion. La vérité est dans une intensification de cette réflexion pour arriver à une critique lucide sur soi-même et donc à une certaine objectivité.

Réflexion sur l'expérience implique une réflexion qui permet d'amener à une vérité sur soi. On part de l'expérience.

Donc dans la réflexion à partir de l'expérience, il n'y a pas de point de départ valable, ferme et solide. On se résout par cette philosophie à ne pas être « platonicien ». Les platoniciens disaient que le monde de l'expérience est faux, qu'il fallait partir de plus haut (cf : mythe de la caverne). Alors que nous (moi non compris) disons que l'expérience n'est pas forcément trompeuse et qu'il faut partir de ce point de vue.

Exemple : connaissance de ce qu'est la nature humaine.

Hart dit que quand il y a une société, il y a forcément des comportements considérés comme mauvais qui sont de suite mis à l'écart. Et, par déduction, il y a aussi des comportements positifs, corrects qui, eux, sont encouragés. Une société implique forcément cette division.

Dans les sociétés, il y a cette pression sociale « for conformity » que nous avons vue. Le but est de réduire à néant les comportements non conformes. C'est dans ce contexte que le droit joue un rôle. C'est-à-dire le droit a comme objectif le contrôle social. Il y a donc toujours une forme de discrimination puisque le droit impose des comportements. (cette théorie ne s'appliquerait pas à une société anarchiste).

Question 1 /

Le droit est un système de commandement.

Ecouter = expliquer d'une autre façon comment le droit participe à ce mécanisme de contrôle social.

Ce n'est pas en s'identifiant avec la morale qu'on trouve l'identité du droit. On écarte la morale qui n'est pas la bonne explication du caractère obligatoire du droit. La pression sociale exercée par le droit est à la base la même que celle qu'on trouve pour les règles de jeux. Ça consiste dans le fait que les autres essaient de conformer leur comportement aux règles. Hart dit que ce schéma est très répandu dans la société, par exemple : les règles de politesse. On essaie aussi de s'y conformer, il y a une certaine pression sociale à ce sujet.

La pression sociale n'est pas une contrainte, mais elle détermine le comportement humain. Ce n'est pourtant pas cette pression sociale qui est déterminante (je ne suis pas sûre de l'exactitude de cette dernière phrase). En fait, on est convaincu que le bon comportement est celui qui est conforme à la règle.

Le droit se distingue notamment par l'intensité de la pression sociale. Comment

Philosophie du Droit

comprendre qu'on a à faire à une pression sociale particulièrement intense et pas forcément relative aux sanctions? Il y a une mauvaise façon de comprendre cette intensité. Kelsen dit que l'intensité de cette pression est due aux sanctions. La règle de droit est celle qui institue la sanction. Hart n'est pas d'accord avec ça.

Pour Hart, la pression est due au fait que la règle formule le meilleur comportement. Dès lors, la pression sociale s'exerce certes, mais au niveau interne. C'est indépendamment de la sanction. C'est une pression sociale très forte. Ainsi Torrione reconnaît qu'il ne passerait pas à un feu rouge à trois heures du matin, même s'il n'y a personne, ni gendarme ni radar (là perso, moi je passerai).

Ainsi l'observateur extérieur constate l'existence d'une forte pression sociale, qu'il s'agit d'une règle de droit, et, il l'explique en prenant en compte le point de vue interne des gens qui sont dans le système.

Cf 3ème et 4ème phrase du paragraphe 2 page 87 poly bleu

L'observateur **doit** se référer au point de vue interne. Il reste un observateur externe mais il tient compte du fait qu'il a à faire à des gens et que ces derniers ont un point de vue interne. C'est un phénomène subtil. Cette force considérable de l'adhésion interne peut être (est?) une adhésion aux règles secondaires (= source du droit, on adhère au système démocratique par exple) et pas que sur des règles primaires.

Quand il s'agit de droit il y a toujours une forte adhésion à ces règles secondaires, c'est à dire la manière dont on adopte les règles (nous on a le référendum, etc.)

Cela vaut pour l'ensemble du système juridique. Cas du feu rouge : pour comprendre faut être un observateur externe qui fait des statistiques. Pour Hart, il faut aller plus loin : interviewer les gens pour savoir ce qu'ils pensent, pourquoi ils s'arrêtent ou non.

Il existe 2 positions :

1° premier ligne de comportement :

Le meilleur comportement à un feu rouge est de s'arrêter. L'automobiliste est convaincu que le meilleur comportement est celui qui est représenté comme modèle par la règle. La sanction n'est pas un élément déterminant.

2° deuxième ligne de comportement

D'autres agiront par peur de la sanction et ne s'arrêteront à 3 heures du mat au feu rouge que s'il y a un radar ou un gendarme.

Quelle est l'attitude qui révèle au mieux la nature du droit? Hart dit simplement qu'il y a des gens convaincus et d'autres pas.

5/La séparation dans un système juridique entre les règles primaires et les règles secondaires

On verra avec ce système comment en tant que juriste on est toujours dans le point de vue interne (la notion de chose jugée le représente bien). Ce n'est pas par rapport aux règles primaires² mais aux règles secondaires.

Dans les sociétés, même coutumières, il y a des règles de droit, mais uniquement des règles primaires. C'est à dire qui donnent des droits et qui imposent des obligations (CO, CC, CP). Dans un système primitif, il n'y a pas de règles de procédure d'adoption ou de modification. Il n'y a pas non plus de tribunaux. Il est difficile de savoir comment sont tranchés les conflits. Ce genre de chose n'est pas codifiée. Il y a donc du droit coutumier mais aucune règle n'indiquant comment on le fait et l'instaure.

LREC ART 5

Par règles de droit, on entend...

Toutes les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou qui confèrent des droits aux personnes physiques/morales³ ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure.⁴

Il existe 3 sortes de règles secondaires (P. 93 Dworkine)

a) les règles de changement

Càd comment modifier, abroger ou adopter une nouvelle règle. Par exemple le référendum : comment adopter valablement un texte.

b) les règles de décision

Toute règle aboutissant à une décision judiciaire dans un cas d'espèce donnant raison à une partie ou à l'autre. Lire page 89-92 : contenu minimum et pour la prochaine fois : 93-96

c) les règles de reconnaissance

art 1 CC. Règle qui reconnaît le droit comme valable.

(Suite)

« Les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits, ainsi que celles qui règlent l'organisation, les compétences ou les tâches des autorités, ainsi que celles qui

2 Règles qui donnent des droits et des obligations

3 Règles primaires

4 Règles secondaires

Philosophie du Droit

fixent la procédure. »

Le caractère normatif d'une loi fait que le droit est un moyen de contrôle social car le droit est un ensemble de normes qui érige des comportements comme des modèles et qui indique quels sont les meilleurs comportements dans des circonstances données. Il n'est pas d'accord avec Kelsen qui dit que c'est la sanction qui rend le droit comme étant contraignant.

Aujourd'hui, on va approfondir les règles secondaires et on verra que le point de vue interne est surtout important dans les règles secondaires.

Il y a 3 types de règles secondaires (rappel) :

- 1/ de changement⁵ : de ces règles découlent la validité de la loi
- 2/ de reconnaissance⁶
- 3/ de décision⁷

Il faut faire intervenir le point de vue interne par rapport aux règles secondaires. Celui-ci est plus important par rapport aux règles secondaires qu'aux règles primaires. Pour savoir comment ça intervient par rapport aux règles secondaires, il faut voir le travail du juge : on cherche les règles applicables et on regarde si elles ont été adoptées conformément à la procédure. En faisant ça, on a une adhésion interne forte par rapport à la procédure. Par exemple, si nous passions à un autre niveau, quand il s'agit de la révision d'une loi : on voit qu'il y a une importante adhésion interne au système démocratique. Rare sont ceux qui sont contre le système démocratique en Suisse.

On arrive à un point clef : tous les concepts utilisés par les juristes n'ont aucun sens pour un observateur externe. Le point de vue interne est la clef de la compréhension de ce monde juridique. Par rapport aux règles primaires, c'est principalement le concept d'obligatoire » qui fait sens. On a aussi le concept de législateur qui a un sens du point de vue interne. Toujours du mm point de vue, les

5 On a un règlement d'organisation qui a été établi par le FC Z. Cela repose sur les statuts du club. Les statuts indiquent qui a la compétence pour édicter un règlement. Ce sont des règles qui permettent de dire comment on en établit de nouvelles. Dans le CcCCO, on trouve des règles nous disant comment on fait un FC (ou société, fondation). Dans un contrat par exemple, ce sont les lois qui disent comment une des parties peut résilier unilatéralement le dit contrat. Ce sont des règles qui organisent le changement des règles. Elles permettent de produire autant des règles primaires que secondaires. Qui peut faire un testament? Selon quelle forme? Toutes les règles qui décrivent ces différents processus sont des règles de changement. C'est la première catégorie de règles secondaires.

6 Types de règles qui ne disent pas comment on modifie, ni quelle procédure il faut suivre, mais elles font référence à quelque chose comme du droit qui pourrait être valable. Exemple : CC I II : droit coutumier ou III : doctrine et jurisprudence. Ça ne règle pas la procédure d'adoption, mais ça reconnaît la validité d'une règle dans certaines circonstances, c'est une règle de reconnaissance qui l'intègre dans le système.

7 Toutes les règles qui déterminent quelles sont les autorités compétentes à tous les niveaux. Ce sont aussi les règles de procédure qui disent, par exemple, dans quel délai on peut faire recours. Cette troisième catégorie est importante pour Hart, car il a expliqué que les règles primaires ne sont pas des règles qui couvrent entièrement la matière qui devrait être réglementée. Il a parlé de la texture ouverte : pull tricoté avec des mails très large. Plein de trous pleins de lacunes, c'est donc essentiel d'avoir des autorités qui tranchent et qui décident, ainsi qui comblent les trous. Le juge a un pouvoir discrétionnaire selon Hart. Dworkin n'est pas d'accord, pour lui le juge n'est pas devant des lacunes, car il y a toujours des principes applicables et il doit apprécier toute les situations selon ces principes mm s'il a un certain pouvoir d'appréciation dans certains cas.

Philosophie du Droit

concepts de démocratie, de délibérations, de dérogation, de référendum, de projet de loi, d'initiative, etc. ont un sens du point de vue interne.

1/ Chgt : Source formelle du droit, coutume, hiérarchie des sources, interprétation.

2/ Chgt + rec = validité juridique. Qualité particulière de règles dépendant de critère de validité

3/ Compétence, contrôle de la constitutionnalité

Pour voir ce que veut dire Hart, il faut simplement prendre un jeu : au football, on a les concepts de hors jeu, de pénalty, etc. Ces concepts n'ont un sens que pour ceux qui y adhèrent. C'est pourquoi Hart dira que quand l'observateur externe veut faire une analyse positiviste du droit il doit prendre en compte le point de vue interne des gens sinon ça perd tout son sens

Il faut comprendre que le droit est fait d'une interaction entre les règles primaires et secondaires. C'est ce qui explique qu'on ait à faire à un système juridique. C'est ce qui remplace aussi bien la théorie impérativiste du droit⁸ que celle de Kelsen⁹.

Selon ces réflexions, il y a 2 types de société possibles pour Hart :

a/ **Système tyrannique** avec des règles primaires injustes¹⁰ envers une catégorie de la population. Cela reste toutefois un système de droit. Le point de vue interne existe aussi principalement par rapport aux règles secondaires, c'est-à-dire aux règles qui concernent la production du droit¹¹.

Kelsen et Hart disent que ce système peut tenir s'il y a une adhésion forte aux règles secondaires. Mais Hart dit que c'est un système instable car pas d'adhésion de la catégorie lésée, et pas d'adhésion aux règles primaires de la plupart des gens. Cependant, ces derniers restent d'accord sur les règles secondaires. Dans un système primitif, on n'a que des règles primaires qui exigent l'acceptation du point de vue interne de la majorité de la population.

b/ **Un autre système** qui se situe à l'opposé du régime tyrannique : Règle primaire adoptée conformément à la procédure ayant un caractère juste vis à vis de l'ensemble de la population. Donc large adhésion sur les règles secondaires que primaires....genre en Suisse.... on est d'accord sur tout.

La règle de reconnaissance ultime

On remonte jusqu'à la Constitution pour savoir si une règle est valable et, ensuite, on remonte sur comment une règle devient valable dans la constitution. Et quand on remonte encore que trouve t on? Au sommet on a une règle de reconnaissance pas de changement. La situation de fait en Suisse compte tenu de la volonté populaire (en Suisse tout dépend de cela, alors qu'en Angleterre, c'est l'accord entre

8 Ensemble des règles = commandement

9 Il dit que le contrôle social du droit est déterminé par la contrainte, la sanction, alors que pour Hart, le droit a un caractère normatif indépendamment de la sanction qui joue un rôle secondaire. Il y a des systèmes de droit, tel que le droit international qui fonctionne sans contrainte.

10 Comme dans un système esclavagiste ou nazi.

11 Dans un système nazi, ce serait d'accepter que ce soit un seul parti qui édicte les lois.

Philosophie du Droit

la Reine et le Parlement, dans d'autres démocraties : c'est la volonté d'un Parlement ou d'un roi¹²). Cette règle ne repose pas sur une autre règle préalable, elle est acceptée en fait. Elle a le même statut que les règles primaires comme dans un système primitif où tout est une règle primaire.

Le dernier point sur Hart est une réflexion sur la position de Hart « positivisme de la règle ». Cette réflexion sera faite à partir de la page 89 qui commence par un extrait de Hart qui explique ce qu'est le positivisme, puis on voit une partie d'un dico qu'on va lire. La conception positiviste du droit est exprimée par : juspositiviste.

Distinction entre droit et théorie du droit : dans le 2ème on a une attitude scientifique sans continuité avec la pratique du droit.¹³ La bonne réflexion par d'une bonne pratique du droit. 4A n'a rien de scientifique. Selon Willey, il y a une continuité entre la pratique du droit et la réflexion sur cette pratique. Car la réflexion peut permettre une meilleure pratique. Dworkin s'oppose à cette idée d'une théorie scientifique du droit avec une rupture entre la pratique et la théorie.¹⁴

Le deuxième point : Le juriste doit chercher à connaître son objet sans porter de jugement de valeur. Wertfreiheit : libre de tout jugement de valeur.

Kelsen dira même que les normes juridiques peuvent avoir n'importe quel contenu. Le contenu moral, immoral, juste, injuste est totalement indifférent au scientifique qui fait de la théorie du droit. Dans une large mesure, Hart s'inscrit dans cette perspective et affirme que le seul but qu'on pourrait reconnaître droit en restant dans cette approche externe est l'exercice d'un certain contrôle social.¹⁵

Hart n'est pas totalement fidèle à cette approche où on n'entre pas en matière sur le contenu. Par exemple, dans la distinction des règles de droits et des autres règles.¹⁶ Hart veut les utiliser comme critères purement formels, pourtant on rentre quand même un peu dans l'idée de contenu. Hart, dans des Carnets, se défend en disant que : « Bien sûr la pression sociale forte et le maintien de la vie sociale ont traités au contenu de ces règles, mais le scientifique qui approche ça de l'extérieur se contente de constater que ces règles **prétendent être importantes**. Le scientifique s'en rend compte mais ne les considère pas comme l'étant. Il en fait que constater. »

12 C'est déterminé généralement par l'histoire et le positiviste ne peut rien faire d'autres que de constater cette règle de fait.

13 Quand on pratique du droit, on n'a rien de commun avec un physicien ou un chimiste. Très souvent les positivistes ne sont même pas des juristes. C'est différent avec Hart. C'est comme un observateur externe de la science : un observateur de grenouilles n'a pas besoin de devenir une grenouille.

14 Dworkin a écrit : Jurisprudence (=philosophie du droit chez les anglosaxons) est la partie générale de la pratique du droit par les tribunaux, au sens de prolongue silencieuse de toutes décisions juridiques. « *Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision of law* ». C'est aussi la position prise par le législateur français. Prof. Torriano est d'accord avec ça.

15 On peut assimiler d'une certaine manière contrôle social et ordre public. Tout cela est très réducteur. Hart s'est toujours refusé à aller plus loin que de dire que le but du droit est ce contrôle social. L'aspect « justice » n'est pas, pour lui, une dimension importante.

16 Il y avait l'intensité de la pression sociale qui était plus forte, mais aussi que les règles de droits exigent un plus grand sacrifice, et finalement le maintien de la vie sociale, donc lié à quelque chose d'important. C'est plus important que quand il s'agit de règles de jeux.

P 89-90-91

Puis aborder le texte difficile qui va des pages 97 à 120.

FINNIS

Ouvrage : Natural law and natural rights en 1980

Il est un jus-naturaliste à 100%. On a le jus naturalisme vs le positivisme juridique ou méthode logique. C'est un débat intéressant.

- Jus Naturalisme FINNIS

Il part de l'idée que c'est du point de vue interne qu'on fait une bonne philosophie du droit, qu'on ne peut pas définir le droit indépendamment de son contenu; c'est-à-dire par des aspects purement formels. Ce contenu dépend précisément de la fonction que remplit le droit. Cette fonction que remplit le droit apparaît que si on prend en compte les raisons qui ont amené les gens à l'intérieur du système à adopter les règles. Pour Finnis, il faut rentrer dans ces finalités internes, dans ces raisons si on veut vraiment comprendre ce qu'est le droit. On va partir d'un texte de Hart.¹⁷ Pour Hart, la théorie jusnaturaliste, si on la comprend bien, elle a quelque chose de juste, et on n'arrive pas à comprendre la notion de droit si on ...

Deuxième point : Ce n'est pas la morale qui influence et qui s'impose en droit. Hart a bcp insisté sur la séparation entre les 2. Ce contenu minimum de droit naturel est imposé par autre chose. Quelque chose qui s'impose aussi à la morale pour que cette dernière ait aussi un contenu minimum. Ces règles tiennent aux finalités que poursuivent ceux qui sont à l'intérieur du système. Ce sont des finalités qu'ils en peuvent pas ne pas poursuivre. Ça ne dépend pas de leurs caprices. On appelle l'élément de finalité interne celui de l'élément téléologique. Pour expliquer ça,¹⁸ Hart dit que tout tient à la conception qu'on a de la nature de l'univers. Pour la pensée moderniser, scientifique, l'univers est une espèce de grande machine que la science met à jour. C'est une conception de l'univers, dans laquelle n'intervient pas de finalités, de but, c'est une conception scientifique. Hart dira qu'il y a une

17 Page 92. Pour Hart il y a quelque chose de vrai dans la théorie du droit naturel, comme quoi y a un contenu dans toutes espèces de systèmes juridiques qui peut être qualifié de droit naturel, c'est à dire qui ne dépend pas de la volonté du législateur. La volonté de celui ci n'est d'aucun importance. Alors que normalement, il est censé dire que les règles peuvent avoir n'importe quel contenu, tout dépend de la volonté du législateur. Y a des règles qui s'imposent au législateur, il faudra voir sur quoi elles reposent. Tout à la fin du texte, dans le dernier tiers du dernier paragraphe il dit : relève du droit naturel (...marque...)

18 p.2 et 3 du texte de hart.

Philosophie du Droit

conception plus ancienne de la nature, celle des grecs. On désignait par nature autre chose. Dans cette conception plus ancienne, on considérait comme naturel la croissance d'un être vivant. On parle pas de régularité selon des lois scientifiques, mais on pense qu'il y a une téléologie au sens une interne. Quand la fin de la croissance est atteinte, le but interne est atteint. Le point fondamental¹⁹. On se réfère à la dimension de finalités interne, qui n'est pas reconnue dans une approche purement scientifique; mais dont on ne peut pas se passer dans sa façon de pensée la plus courante. C'est cette finalité interne, à ce niveau très discret, qui va pour Hart expliquer ce contenu de droit naturel.

On a vu Hart le contenu minimum de droit naturel.

3 ème point :

début du texte dit que « en examinant les simples truismes ...»

Le contenu minimum des règles est un des moyens indispensable pour atteindre cet objectif. Ce n'est pas une déduction. Il faut se débarrasser de l'illusion de la déduction. On part du but à atteindre et on formule les moyens qui s'imposent. Les contenus de droit naturel apparaissant comme le moyen retenu par la raison comme étant adéquat pour atteindre le but en question. On a une activité de la raison qui envisage le but visé dans des circonstances concrètes et le droit naturel apparaît comme le moyen déterminé par la raison pour atteindre le but en question. C'est un schéma de raisonnement important. Hart parle de liens spécifiquement rationnels.

- Positivisme Juridique HART²⁰

Il faut partir de l'idée que nos observations sont faites par un observateur externe.

Documents 20- 28 à lire;

Aristote....

Rousseau.

69 à 81

FINNIS :

L'essentiel est dans la documentation.

Approche de droit naturel et positiviste :

P 91 2ème § 4 ligne « il s'agit du présupposé classique...ce présupposé se fonde ... » : La question est de savoir cet objectif est un objectif, une finalité. Pour Finnis c'est un présupposé, aujourd'hui on dirait c'est une sorte d'à priori. Hart rajouterait que ce présupposé se fonde sur des faits, l'être humain, sur l'instinct. L'instinct de vie est un fait.

Finnis à une autre position.

19 Dernier paragraphe page 2 p. 90 il me semble

20 Il existe aussi un positivisme excessif radical illustré par Hobbs

Philosophie du Droit

Prenons la page 109, le dernier paragraphe.

Suivant Finnis quant à cette finalité, on ne peut pas poser que d'un présupposé se fonde sur un instinct où la raison n'aurait rien à faire. Pour finir la raison intervient aussi en ce qui concerne la connaissance des fins, notamment sur cette fin qu'est la vie. La raison n'interviendrait donc pas qu'au niveau des moyens. Rappel : nul ne peut réclamer un préjudice de par sa naissance. Il n'y a qu'une vérité, qu'une objectivité : la vie est un bien essentiel.

Il faut être conscient que c'est une position qui n'est pas partagée par tous les courants positivistes. Reprenons le texte de Hart p89 pour comprendre de quoi il en retourne. Là il décrit les différentes caractéristiques du positivisme pt 5. Le jugement que la vie est un bien essentiel est un jugement moral au sens large qui porte une appréciation. La position de Hart peut être qualifiée de non cognitivisme dans le domaine éthique (pas de connaissance possible dans le domaine éthique, c'est un scepticisme dans le domaine éthique au sens large, dans le domaine pratique. Ce scepticisme pratique est compatible avec un non scepticisme au sens théorique (ou pratique)). Hart dans le domaine pratique est non cognitiviste.

P 110

« parce que nous la désirons » : le principe c'est la compréhension, la connaissance que c'est bien que c'est positif que c'est une opportunité. Le principe peut être nommé le point de départ. La position opposée est formulée par Hoffs, c'est aussi celle de Hart dans le texte que nous avons lu « quelque soit l'objet de l'... ». Scepticisme pratique tout dépend des inclinaisons. De l'autre côté, le cognitivisme pratique où la compréhension que qc est positif tel que la vie est le point de départ d'action. On ignore pas que le désir fonctionne aussi.

§2 p 110

Si nous désirons vivre c'est parce que nous comprenons que c'est une bonne chose et ce n'est pas parce que l'instinct nous y pousse.

P 114 dernier paragraphe : chacun...chacun... chacune de ses diverses possibilités.

Point de départ pour la détermination du contenu de certaines normes. Chacun de nous, en venant ce cours de philo, chacun sait que la vie humaine est une bonne chose. On est au niveau connaissance, mise en jeu. Ce n'est pas le jugement de chacun de sa propre vie, ça montre que c'est différent de l'instinct qui est basé sur sa propre conservation.... lire

Pourquoi Hart défend une approche positiviste scientifique ou de scepticisme pratique :

P 111 « c'est à dire comme des faits »

P 92 : La vie est une fin. Comment Hart l'explique t il? On a dit que c'était un présupposé qui joue un rôle fondamental. C'est à cause du désir et de l'instinct de

Philosophie du Droit

conservation qu'on peut expliquer cet instinct de conservation. Il y a des processus naturel dans le cerveau et le système nerveux qui fait qu'on est comme ça. Ce cerveau dépend des gènes, des informations génétiques. Pourquoi ce contenu dans les gènes? A cause de l'évolution. Evolution par mutation (par hasard), sélection (quand ça allait dans le mvs sens, les êtres ne survivaient pas), amélioration sélective (les seuls êtres vivants sont ceux qui ont intégré au niveau génétique l'instinct de conservation) . C'est une explication possible de l'instinct de conservation.

P 92 : 9 lignes avant la fin « de telles relations causales. » : le présupposé est dû à l'instinct qui est dû au système nerveux qui est dû au système génétique qui est dû à la sélection, c'est ça les relation causales.

Il dit que d'un côté, on a l'explication causale. De l'autre on a ce qu'on vit de notre point de vue interne, c'est à dire ce qu'on prend pour des buts. Quand on traverse la route de ne pas se faire schouter. L'option en faveur de la priorité de l'approche scientifique (pas propre au juriste), est ce une question scientifique. Il choisit l'explication scientifique car elle semble plus vraie, et s'il la choisit c'est parce qu'il estime que la vérité est une valeur, donc un bien fondamental (le « il » je crois que c'est hart).

P 114 : argument le plus convaincant pour Finnis de la position de hart
§3 : la critique la plus fréquente du scepticisme pratique est. ...

Approche de l'intelligence objective dans les fins. Est ce parce qu'on comprend que la vie est une fin qu'on adopte tel ou tel comportement : 114ss

P 112 -113 : la conservation de la vie est qc de précieux.

C'est une connaissance conceptuelle ordinaire . Cela est un peu particulier. Si on dit les corbeaux sont noirs. Cela implique qu'on ait vu des corbeaux qui étaient tous noirs et on a généralisé par une induction. Et on dit « les corbeaux » ce qui nous amène à une connaissance abstraite générale. Mais quand on dit « La vie est un bien » on ne part pas du cas particulier vers le cas général, mais on va du présent vers l'avenir, voilà pour c'est différent. Page 113 « mais en direction d'un prédicat ». Connaissance de ce qu'il faut faire repose sur une anticipation de ce qu'il faudra faire dans une heure, une minute une journée,; dire que la vie est bien revient à dire que quand on traverse une route le but est qu'on soit toujours en vit quand on aura traversé la route. C'est la saisie intellectuelle de l'existence dans un moment. Cela nous amène à prendre des mesures et des dispositions pour que les choses se passent dans ce sens là. (interdiction d'homicide) le devoir être c'est l'existence concrète conçue comme avenir. C'est pas une obligation, c'est pas forcément une attitude platonicienne sur l'Idéal tel que le bien absolu.

Hors sujet

Philosophie du Droit

Parmi les biens fondamentaux, on s'est posé la question de la justice. La justice matérielle telle que nommée par le tribunal fédéral. P 65 : §3 souligné : le droit des contrats est devenu toujours plus une question de conflit matériel. Il se réfère à l'idée d'une justice matérielle contractuelle, c'est-à-dire au niveau du résultat.

Il se réfère à un résultat satisfaisant et c'est-à-dire au sens de matériellement juste. On a toujours tourné autour de questions de biens fondamentaux.

P 114 : « prend alors dans une certaine mesure la place du désir ». On appelle ça la raison de l'action. Ce n'est plus seulement l'instinct de conservation, mais c'est la source elle-même qui est motivante. Ce qui a été compris comme bon. Dès qu'il y a une réflexion politique sur des moyens il y a réflexions sur les moyens eux-mêmes. C'est fait à travers la délibération : processus raisonnable de délibération. Ce qui chez l'être humain est désiré spontanément fait ensuite l'objet d'une réflexion qui essaie de déterminer ce qui est vraiment positif de ce qui ne l'est pas. Note 15. La note 17 dépasse un peu le cours mais c'est intéressant, à la page 110. Les biens fondamentaux sont dans nos intérêts à chacun. On dit que ce sont des BF car ce sont des dimensions qui sont véritablement dans notre ... C'est une pensée qui part du donné et qui réfléchit de façon dialectique, critique, argumenté sur ce donné et pour arriver sur une réflexion aussi vraie que possible. Il ne s'agit pas de dire dans cette pensée que l'instinct de conservation n'existe pas.

P 116-117 : le rôle de la raison pratique dans le droit et la justice

ces dispositions... protectrices.

Détail : on va dire s'agissant de ces dispositions le bien qu'est la vie humaine. Les interdictions de l'homicide ont leur raison immédiatement dans le jugement que la vie est un bien essentiel. Ce contenu minimum de droit naturel pour Hart aussi est constitué principalement d'interdiction.

Mais il n'y a pas que des interdictions, la justice en général joue un rôle au-dessus de ces interdictions. C'est la justice au sens matériel. Son lien avec les BF relève d'une approche moins simple. S'agissant de la justice on est dans une approche de sous-détermination. En quoi consiste ce qui est juste et injuste? On ne peut pas le déduire simplement des biens fondamentaux. Ce n'est pas une notion d'égalité qu'on peut déduire de qc. On arrive au bout de Finnis :

Pour l'exa en Janvier : n'oubliez pas de parler de la position de Hart sur la position de droit naturel.

Finnis : pp 97-120 (tout dans le résumé par le prof paraît-il)

Hart pense qu'il y a qc de vrai dans l'approche de droit naturel.

Il y a un contenu de droit naturel dans les systèmes juridiques. Ce sont des règles qui s'imposent non pas parce qu'elles sont valides mais elles s'imposent en raison de leur contenu. C'est la caractéristique des principes selon Dworkin. Comment une règle peut elle s'imposer par son contenu? Parce qu'il est nécessaire compte tenu de finalités particulières. Les finalités peuvent être variées : survivre, etc. Son contenu est nécessaire selon l'interprétation téléologique (par rapport au but). Ce n'est pas une déduction d'un principe général, mais on part du résultat qu'on veut atteindre. Dans tous les domaines du droit, le raisonnement est toujours le mm : c'est tjs un raisonnement qui part du but. L'essentiel (la structure elle mm) s'impose indépendamment d'un acte législatif. TH1

L'existence de cette dimension téléologique dans l'existence humaine : elle est importante pour le droit et sa compréhension. Hart dit qu'il est nécessaire de reconnaître la conservation comme un but. Cet objectif (ce télos) n'est pas un objectif particulier qu'on peut avoir à un moment. C'est au delà des objectif qu'on peut adopter, mais ça imprègne toute notre façon de penser. Cette finalité est au delà des objectifs qu'on peut se fixer et qu'on peut modifier. Si la société était un club d'adeptes au suicide la vision en serait changée. Un cancer ou un accident serait alors une bonne chose, un événement positif. Le but est un certain développement, une certaine croissance. On a certains besoin pour que cette croissance puisse se faire dans de bonne conditions. On met un signe positif à cet épanouissement. Il suffit de prendre n'importe quel texte de lois et on voit l'importance de cette dimension (intégrité physique et psychique, dans le CO : dommage etc.). Tous les textes considèrent le développement comme un but. Cette une dimension téléologique et là les théorie de droit naturel touchent qc de vrai. TH2

Contenu minimum de droit naturel : lien qui est fait quand on part du but et qu'on déduit les moyens qui sont nécessaires pour l'atteindre. On part aussi de la situation dans laquelle on se pose. On part des conditions dans lesquelles on se trouve. Raisonnement : compte tenu de ces conditions que Hart appelle les truismes et compte tenu du but qu'on poursuit, alors telles ou telles actions ou dispositions légales nécessaires (avec un contenu précis) s'imposent. P 92. Altruisme limité : faut pas compter là dessus pour que la société fonctionne bien. Ressource limitée : exple : la nourriture est de rare, y en a pas pour tout le monde. Intelligence ... : on ne fait pas toujours ce qu'on voudrait faire. P92 texte.

On a toujours en droit naturel un contenu qui se fonde sur la raison. On voit la différence entre l'approche juridique pratique, raisonnable et la rationalité scientifique. Les vérités scientifiques sont elles plus ou moins fondamentales que les juridiques? Le juriste n'est pas dans une approche de rationalité scientifique. En fiscalité, tout est motivé par le but de percevoir un impôt.

P 97 : les vérités de droit naturel suivant Hart

Le contenu minimum de droit naturel se justifie pr le résultat qu'il va produire, par

son effet.

Finalité,

Buts,

Circonstances concrètes

En partant de là, on détermine des moyens et le contenu minimum de droit naturel (interdiction d'homicide)

Un fois que ce contenu est délimité en partant des finalités, on dira que le contenu de droit naturel minimum se justifie par sa fonction. Car il a été mis en place pour ça et il se justifie par sa fonction. Donc, s'il ne remplit plus sa fonction, alors il faut le changer.

Finnis : p 101

Finnis part de ces 4 thèses et va les admettre comme minimum et va les étendre. P101 pt(i) : le contenu de droit naturel est plus large que de simples règles de protection des personnes comme le dit Hart- Le point suivant est à la page 104 pt (ii²¹). Suite p. 109 : question du rôle de la question pratique. On va discuter de ce que Finnis fait de la théorie de Hart qui dit que c'est la raison qui établit un lien entre le but à atteindre et les moyens. Finnis dit que la raison est là pour établir ce lien, mais aussi pour (très important), la connaissance des finalités. Notamment de la connaissance que telle ou telle chose est un bien.

Revenons à la première thèse p- 101 :

Selon Finnis : Hart a raison de dire qu'il y a du droit naturel dans les systèmes juridiques. La présence du droit naturel est selon Finnis plus importante que ça. Notamment sur l'homicide, Finnis pense qu'il y a un contenu spécifique présent dans l'ensemble du système juridique; ce contenu est constitué par ce que la raison pratique tient pour nécessaire pour que le système juridique une fois appliqué produise un résultat correct. (p 102). exemple : y a pas seulement comme contenu de droit naturel des dispos sur l'interdiction d'homicide mais y a aussi le principe de l'interdiction de l'arbitraire § Cst. C'est qc qui s'impose par son contenu et cela s'impose parce que la justice indépendamment de la protection des personnes est qc qui relève aussi du contenu du droit naturel. L'art. 9 est un élément de droit naturel car nécessaire pour obtenir un résultat juste. D'après Finnis, la justice n'est pas un élément de droit naturel mais c'est le but que doit produire le système une fois qu'il est appliqué. C'est une nouvelle forme que prend le raisonnement téléologique. Le but est la justice produite par l'application du système. Une certaine égalité dans les rapports. Dans cette approche téléologique, on dit : compte tenu de ce résultat qu'on estime souhaitable on va comprendre de telle ou telle façon un résultat arbitraire. (ou on va adopter telle ou telle disposition.²²)

P 102

On veut améliorer par des éléments qu'on applique la justice du résultat (=le résultat juste). Quand on parle de la justice d'une décision, ce qui est en jeu c'est que la situation qui est en place doit être une relation réelle, effective appropriée, correct, acceptable (hein???!!!!).

But du système = résultat approprié. Aussi au niveau de la structure des pouvoirs,

21 Thèse de Hart sur la conservation de la vie. Finnis y apportera des modifications. La continuité de la vie n'est pas une question d'instinct. Il y a une pluralité.

22 On identifie la justice à un résultat correct

de l'Etat.

C'est toute la théorie de la justice comme outcome. C'est comme le législateur et le juge quand il tranche le litige et comme un architecte qui a reçu comme mandat de construire une école, il devra bien finir de faire des portes pour y entrer. On dirait en droit que ces éléments (porte) sont des éléments de droit naturel.

Deuxième point (ii)

La 2ème thèse de Hart sur les vérités des théories de droit naturel. Idée qu'il y a une dimension de finalité interne dans toute existence. P104 : pt de désaccord

1/ les chemins qu'empruntent Hart. Bien que la conservation soit un but de Finnis il faut relever que c'est parce que l'existence est un but en lui même. Alors que Hart prend cela plus comme un état. Relire le texte de Hart et il revient à comprendre que la conservation de l'existence est un état qui doit perdurer. Or, Finnis dit que la vie est un but qui doit se comprendre en termes d'exercices, d'activités et de fonctionnement. Note 13 p 107:

2/ suivant Hart si la conservation est un but c'est parce qu'il y a un présupposé tacite comme quoi il faut survivre. Notre fin est de survivre, tout s'expliquerait par l'instinct de survie. C'est un langage qui relève de la science et de loi scientifique, on quitte le domaine du juriste.

On conçoit cet exercice qu'est la vie comme une possibilité marqué d'un signe positif. (FINNIS). Une telle possibilité est appelée une opportunité. C'est une but indépendamment de l'instinct de conservation. Ce que veut dire Finnis c'est que la vie est un bien intelligible, qu'on comprend, sur lequel on peut débattre (euthanasie). Donc si on peut en débattre ce n'est pas qu'une question d'instinct.

3/ parmi les finalités il n'y a pas que la vie. Celle ci est une fin parmi d'autre. Il y a une pluralité de finalité. Finnis dira aussi : elles sont incommensurables les unes apr rapport aux autres. Dans l'absolu il n'y en a pas une qui est plus importante que les autres. Cette pluralité de biens sera nommés : biens fondamentaux par Finnis. P 105 106. Ce sont des biens qui impliquent des investissement.

Amitié : importance des relations avec les autres. P 106 : intégration des différents aspects de sa personnalité.

Aspects de l'épanouissement de la personne (3ème § p 106). Ils constituent nos différentes raisons d'agir. Remarque sur la conception de la finalité de la téléologie : quand on dit que la vie est une fin on envisage pas une autre finalité, c'est l'exercice de la vie qui est une fin. Un valeur. La finalité n'a pas de finalité externe, c'est une finalité en elle mm; de mmm pour tout ce qui est important pour le juriste. On envisage tjs que la vie a un sens.

P 56 : la longévité de la vie est elle qc de positif.

P 108 : la justice est elle un de ces biens fondamentaux.

La justice ne figure pas dans cette liste, si on regarde dans la liste on a au 4ème point : amitié, harmonie etc... mais on n'a pas la justice comme telle. L'idée est que la justice comme résultat du système juridique n'est pas en elle mm un bien fondamental mais est qc de nécessaire pr réaliser les biens fondamentaux. Si on illustre ça : on part du système juridique. Donc la fin est la justice. C'est un résultat considéré comme un but. C'est une condition indispensable au niveau de la société

pour que les biens fondamentaux puissent être réalisés.

Si on prend à la page 91 :
citation de Hume

DWORKIN

Dworkin s'opposera à Hart en soutenant qu'en droit on ne trouve pas que des règles de comportement selon Dworkin²³. Il pense qu'il y a avant tout des règles de principes et non pas des règles de comportements. C'est avant tout une question de principes : BF, principe de la confiance, de la dignité humaine, de la liberté individuelle.²⁴

Les principes sont une « indétermination orientée » selon Dworkin. Plus précisément, c'est un élément du langage juridique à contenu indéterminé qui indique simplement une direction. Il y a à la fois l'idée d'indétermination et de direction. La structure du *sylogisme juridique* n'existe pas quand on est devant un principe. A la place de cette structure, dans les principes, on a une dimension particulière qui tient au contenu du principe lui-même. On ne peut pas faire abstraction du contenu si on veut étudier l'effet de ce principe. Dworkin n'a pas de pedigree pour les règles secondaires, on ne peut pas abroger un principe. Il caricature la position de Hart en parlant de perdigree. Une règle et un principe peuvent se trouver formulée dans une loi. On ne donne plus de priorité aux critères formels et on se retrouve dans une philosophie du droit qui a une interaction avec la pratique.

Pour Dworkin, il existe 2 sortes de principes : les principes qui indiquent une politique²⁵ et les principes juridiques²⁶ (ceux qui nous intéressent).

(4 .12. 08)

P. 93

1/ Les principes en droit suisse

- **Utilisation explicite d'un principe**

a) dans le CC/CO :

- celui de la liberté contractuelle
- protection de la personnalité
- abus de droit

23 En première année, on a appris que le droit est avant tout une question de règles de comportement.

24 Pour Aristote, le droit est bien une affaire de règles, mais aucune de règles de comportement. Cette précision permettra de faire quelques liens. Prenons la page 139 à droite : 130 II CC. Ce n'est pas une règle de comportement, on ne veut pas dissuader le conjoint divorcé de se remarier, la règle indique uniquement ce qui est juste dans la situation du remariage. La règle exprime un jugement sur ce qui est juste selon Aristote. Même si indirectement, il est vrai que certains comportements peuvent être influencés par une règle telle que celle-là. Mais l'idée de cette règle n'est nullement d'influencer le comportement.

25 Diminuer la fumée, diminuer le nombre d'accidents sur la route.

26 Ceux de la BF, des droits fondamentaux, etc.

- bonne foi : culpa in contrahendo

A ces principes on peut faire correspondre des dispositions.

b) dans la cst

- principe de l'égalité de traitement
- principe de la dignité humaine
- principe de l'interdiction de l'arbitraire

- **Application des règles de droit et de l'équité**

Quand la loi renvoie à une situation relativement vague, relativement incertaine et qu'elle demande au juge de trancher selon les circonstances. Les règles de droit et de l'équité n'ont rien de précis. Art. 4 CC : le coeur de la question c'est une application d'un principe de justice. Une sorte de grand principe général qui doit s'appliquer au cas particulier.

- **Règle juridique, mais qui contient un élément indéterminé**

404 CO : résiliation impossible en temps inopportun. La règle recourt à un élément indéterminé.
337 CO : résiliation du contrat de travail pour juste motif. Idem

- **Disposition juridique où tout est indéterminé**

28 CC : « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice »

C'est en pensant à ces situation que Dworkin dit que le droit est avant tout constitué de principes plutôt que de règle de comportement.

p. 96

Le positiviste, selon Dworkin, face à cette réalité est forcé de reconnaître que les principes sont importants mais ils précisent qu'ils sont assimilables à des règles, dans la mesure où ils ont été adopté conformément à une règle secondaire. Les principes se ramèneraient en définitive à des règles de droit. Pour Dworkin, le fait qu'un principe soit ou non dans une règle de droit n'est pas qd d'important (c'est irrelevante). Ce n'est pas le législateur qui fait les principes, il est un peu contraint de le faire, sa seule décision est de les formuler dans une loi ou non. Mais cette décision n'a pas vraiment d'impact.

Une autre approche possible serait de dire que dès qu'on a dans une loi une référence à un principe ou à des éléments indéterminés, c'est en quelque sorte une lacune de la loi au niveau des règles²⁷ et le positiviste pourrait dire que dans toutes ces situations vu que c'est au juge de trancher il a un pouvoir discrétionnaire.²⁸

²⁷Hart admet ces lacune aux niveaux des règles.

²⁸ Ce n'est pas un pouvoir d'appréciation, mais c'est une liberté complète, sans être lié à quoi que ce soit. C'est la position de Hart qui pense que le droit est former uniquement de règles de comportement. Dworkin dit que si on a pratiqué le droit, on ne peut que s'apercevoir que ce n'est pas du tout un pouvoir discrétionnaire du juge qui s'appliquer mais que le juge se réfère à des principes et que sa décision est une application de ces principes, et dès lors ça devient un pouvoir discrétionnaire.

En 1994 (un an après la mort de Dworkin) : apparition d'un de ces bouquins,
Rappel de la dernière fois ;

définition du principe : une indétermination orientée. On a à faire à quelque chose d'indéterminé qui nous oriente vers un truc (on voit en gros ce que c'est).

- Différence entre la règle de droit et le principe :
- Dans la règle de droit on a 3 éléments qu'on ne trouve pas dans le principe : conditions , hypothèse, conséquence.
- Le principe a une certaine dimension qui tient à son contenu et non pas à des aspects formels.
- Le principe n'a pas de pedigree, de procédure d'adoption particulière au terme de laquelle il aurait une certaine valeur. Leur valeur tient à leur contenu.

Page 97 :

Ce qui est central est l'attitude interprétative d'une communauté qui réalise en son sein la justice à travers les tribunaux, les lois, la mise en oeuvre des principes. Ce qui est vraiment à l'oeuvre est la réalisation d'une certaine justice. Son dernier livre « souveraine vertu » dit que ce qui est au centre est l'attention égale; c'est-à-dire l'égalité de traitement matériel au niveau du résultat de l'application de l'ensemble du système. C'est une attitude totalement opposée à celle de Hart, puisque la philosophie du droit n'est plus une observation de l'extérieur par qn de neutre. Dans l'optique de Dworkin, la philo du droit doit être faite par quelqu'un qui est à l'intérieur du système et qui réfléchit à ce qu'il fait quand il applique le droit. L'importance de cet auteur en droit suisse : commentaire zh -> influence de cette doctrine : relativisation des sources formelles du droit. Dworkin dit que le juge est toujours face à quelque chose lorsqu'il doit décider, il ne se trouve jms devant un néant : il a toujours des principes à disposition. Certes, après il doit savoir où s'arrêtent ces principes, mais il n'a jms de pouvoir discrétionnaire. La preuve est qu'il motivera toujours sa décision. Alors que Hart, point de motivation c'est une simple décision au bon vouloir du juge.

Deuxième

Semestre

Cours n°1

Introduction :

p. 135.

Voir au verso du document en couleur.

On réfléchit sur le droit, comme il est, dans la réalité. On revient sur la distinction faite par Hart entre règles primaires et secondaires. C'est un instrument qui permet de mieux étudier le droit. Il faut être capable, dès qu'on voit un loi suisse, de la placer dans l'une ou dans l'autre catégorie. La division que fait Aristote est représentée dans le tableau de la feuille 1.

CC 159 II : c'est typiquement une règle de comportement. Quand on dit que le droit est un ensemble de comportement²⁹, on pourrait croire, au vu de cette règle que c'est vrai (pas Dworkin³⁰). Aristote n'est pas d'accord. Il y a aussi des règles morales : dans le Décalogue. La question est : est ce qu'en étudiant le droit, peut on avoir à faire à des règles qui n'ont pas le caractère de règles de comportement?

CC 130 II : veut-on par cette règle empêcher les gens de se marier, orienter leur comportement? Non, selon Aristote, c'est pas une règle de comportement, mais c'est une règle qui dit e qui est juste, approprié, équitable, égal dans une situation particulière où on a des gens divorcés où un des conjoints doit verser une pension à l'autre. On a donc en droit d'autres règles que des règles de comportement. Comme il y a cette règle de 130 II, il y a peut-être des gens divorcés qui vivent en concubinage pour éviter de perdre cette pension, on ne peut nier que certains comportements sont influencés par cette règle, mais ce n'est pourtant pas le but premier! Autre : 58 LCR : dit qui est civilement responsable, ce qui est juste dans cette situation concrète.

En matière de droit pénal, on ne trouve aucune règle de comportement. Son but est de dire ce qui est juste dans une situation concrète. Prenons l'art. 111 : « celui qui... » : le législateur de façon générale et abstraite traite de la situation où une personne a tué une autre. Il décrit dans un cas pareil, ce qui est juste, approprié, etc.

p. 65

A droite, on retrouve des règles qui disent ce qu'il se passe dans des situations concrètes. Infraction contre la vie : la règle vise ce qui est matériellement juste, donc al situation de qn qui a intentionnellement tué une personne. 58 : vise ce qui est matériellement juste dans le cas d'une personne tuée ou blessée par un véhicule. CC 130 II : vise ce qui est matériellement juste dans la situation du divorcé qui se remarie.

A la pp. 65-66, on peut lire d'autres arrêts du Tf qui se fonde sur cette théorie de la

29 Selon Hart, Dworkin et Aristote ne sont pas d'accord

30 Dworkin disait que c'était le droit était un ensemble de principe

Philosophie du Droit

justice matérielle. On voit une trace importante dans les ATF de cette distinction qui est faite ici. De l'importance de la justice comme justesse du résultat. Quel rapport avec l'hypothèse -conséquence juridique si tel acte a été produit, alors telle conséquence. On fait attention au jugement, à l'appréciation du législateur qu'il y a derrière la règle. On voit une certaine continuité entre ça et le jugement du juge qui doit aussi formuler une appréciation, un jugement et on comprend le droit en profondeur. Si on n'est persuadé qu'il n'y a que des règles de comportement, cela nuira à la pratique car cette notion ne correspond pas à la réalité.

On ne conçoit plus le travail du juriste, du juge comme un travail mécanique d'application. Bcp de difficultés à sortir de l'idée que le droit est un ensemble de règles de comportement. Il faut voir tous les points de vue : celui de la justice matérielle au niveau du résultat est le plus important³¹. C'est donc une complexification qu'on apprend ici par la philosophie d'Aristote. On peut défendre un criminel en avançant des éléments, mais si le fait est avéré, ça ne sert à rien de dire qu'il ne l'a pas commis.

p. 143

Tous les juristes de droit romain avaient lu les textes d'Aristote; sa philosophie a donc eu un grand impact à l'époque.

ETUDE A NICOMAQUE : LIVRE V 1129 A 1 1131 a 9

PREFACE/ On dit que dans son école, Aristote avec ses disciples avaient fait un recueil de plus de 100 Constitutions de différents endroits. Rhétorique judiciaire : ce que font les avocats pour convaincre. Il y a aussi l'étude sur ce que c'est une constitution, une étude des régimes politiques avec les éléments science po et droit. Ici, dans le livre V nous avons l'étude de ce qu'est la justice et de ce qu'est le droit.

1/ ici Aristote parle de la vertu de justice. Vertu = c'est une excellence dans un domaine qui permet d'exercer avec brio et maîtrise une certaine activité. Une disposition intérieure qui avec l'entraînement et le temps de devenir vraiment très très bon. On traduit aussi le mot vertu par le mot « excellence ». Aristote s'intéresse aux vertus au niveau éthique, et la première à laquelle il s'intéressera est le courage. C'est-à-dire ne pas avoir plus peur que ce qu'il ne faut dans des situations de dangers. Le comportement approprié est le comportement courageux, et c'est un exemple de vertu. Trop courageux c'est de la témérité et pas assez c'est de la lâcheté. Il est important d'avoir le bon jugement, le jugement approprié, par exemple quand on fait de la varappe. Autre vertu importante : c'est la tempérance, c'est par rapport aux situation de désirs : dans la nourriture celui qui s'empiffre sans mesure finit par grossir, aussi dans le domaine sexuel. Le bon comportement relève de la vertu de justice. La vertu est concernée d'une manière ou d'une autre.

2/ Un des sens de vertu de justice nous conduit dans la direction de ce qui est norme

31 Le résultat est-il approprié?

Philosophie du Droit

de comportement³² et l'autre dans la direction de ce qui est égal, équitable dans une situation donnée. Voir la fin de la première page et les 2 premières lignes de la deuxième. Celui qui est juste est celui qui se conforme aux normes applicables. On utilise le mot juste pour quelque chose. Dès lors ce qui est juste c'est ce qui, dans le comportement en cause, est conforme aux normes applicables. On a une approche qui renvoie essentiellement aux normes de comportement (conforme au droit) et une autre qui dit que ce qui est juste est ce qui est équitable, qui respecte une égalité matérielle, substantielle, et cela indépendamment des normes (mais qui peut quand même prendre en compte des normes).

On a distingué 2 approches différentes de ce qui est juste :

- a) ce qui est conforme à la norme
- b) ce qui est juste est ce qui est équitable dans la situation concrète

Il ne faut pas forcément opposer les deux. Quand on compare l'un à l'autre, il faut penser à une norme qui est véritablement juste. « Tu ne tueras pas » : la vie est un bien donc doivent être interdits tous les biens qui amènent à la destruction. Comparer ce qui est conforme à des normes valables. Ce qui est conforme à la norme n'est pas forcément ce qui est juste. Les règles de comportement ne sont pas tous critiquables et arbitraires. Il n'est pas suffisant de s'arrêter aux normes de comportement pour un praticien du droit, mais ça ne change rien au fait que les règles de comportement sont très importantes dans la vie. L'aspect normatif n'est pas ce qui est le plus important dans la vie d'un juriste.

Page 3 du même dossier : ce qui est juste c'est un sens Il sera juste s'agissant de bien. Le pouvoir révèle l'homme C'est quand quelqu'un est au pouvoir qu'on voit s'il est juste. Cette vertu est une disposition interne au bénéfice d'autrui.

Cours n°2

Aristote (suite du cours précédent)

On a fait cette distinction entre règles de comportement et celles qui ont pour but de formuler ce qui est juste, équitable. On voit ce qui est juste dans une situation particulière : perte du droit à la rente en cas de remariage. C'est une équité matérielle exprimée dans une norme.

On a commencé par la partie « Justice générale ». Puis on verra « Justice particulière ».

Si Aristote avait connu la philosophie de Hart, il aurait eu la même réaction que celle de Dworkin face à Hart et aurait dit : « Non, c'est faux, on ne peut pas comprendre ce qu'est le droit, en partant de l'idée que ce n'est que des règles de comportement. ». Hart avait donné 3 caractéristiques :

- ◆ pression sociale particulière, plus forte
- ◆ un intérêt social important

32 Est juste ce qui est une règle de comportement

Philosophie du Droit

◆ un sacrifice particulier à faire

Cette façon de procéder n'est pas convaincante, car c'est une erreur de partir de l'idée que le droit est une ensemble de règle de comportement.

Comment Aristote fait la différence dans le tableau?

Il y a la justice générale et particulière. L'une a pour objet ce qui est juste au sens de ce qui est conforme aux normes applicables. L'autre vertu a pour objet ce qui est juste au sens de ce qui est égal, équitable.

La vertu de justice général ce qui est conforme aux normes applicable à pour objet dans le tableau : toutes les normes dans le tableau, car ça a pour objet les normes de n'importe que type. Vertu de justice particulière es t une partie de justice générale. C'est une partie de l'objet de justice générale.

Si on s'intéresse à ce qui ne relève pas de la justice particulière, mais ce qui reste dans la justice générale, il y a les fameuses règles de comportement.

Illustrons avec le texte d'Aristote p. 2 premier paragraphe.

Voyons ce qui relève de la partie gauche du tableau (ce qui n'est pas couvert par la justice particulière). En lien avec cela, des articles de journaux. En lien avec la crise financière, on voit beaucoup de personnes³³ qui font appel à la morale de ceux qui les entourent. On en voit beaucoup d'autres qui n'ont pas le comportement adéquat. On dire que quelqu'un qui se conforme aux règles de comportement, de morale, dans les affaire est un homme soucieux de son entreprise, dans cette attitude, on lit un respect à l'égard d'autrui. On dire que l'homme chez qui cette vertu est développe est une homme juste, correct, qui a un comportement citoyen, que c'est un homme de principe qui tient compte des normes de son pays mais aussi de pays étranger. Il s'agit en d'autres termes d'un homme honnête. Prenons l'exemple d'Antigone où on a une question de justice générale, d'éthique. Cet autre type de norme est important pour comprendre ce qu'est le droit

La vertu de justice particulière

Prenons le texte à la p- 4

Il y a 3 points dans la justice particulière que nous allons voir

33 Le président de l'association suisse des banquiers se réfère à la responsabilité sociale des banques, il invite les gens à tendre leur comportement vers la morale. On parle dans un autre contexte de leaders responsables : on parle d'intégrité (c'est de la pure justice générale là!). Etre responsable c'est être capable d'intégrer les valeurs les plus importantes et ne pas les prendre pour des acquis. Autre référence : manifeste d'un professeur quelques mois avant la grande crise, toujours une analyse qui se réfère à la justice générale et surtout les règles de comportement : le désir des entreprises de maximiser leurs gains est un bon motif et on se fout de la morale. Cette doctrine radicale de dire que le profit est le seul critère et non seulement insuffisante mais aussi dangereuses.

Philosophie du Droit

- ➔ il existe une telle vertu
- ➔ relation à l'art juridique
- ➔ définition de l'art juridique

On reprend Villey des pages 49 à 51.

Il y a une disposition interne qui a pour objet les questions d'égalité matérielle. Qui a pour objet les situations où le problème est qu'on s'écarte de l'égalité matérielle pour des raisons d'intérêts personnels. On s'écarte de l'égalité matérielle pour avoir une part plus grande que la part qui nous revient. Qu'est ce qui nous amène à comprendre le droit en partant de la justice particulière : puisqu'elle a pour objet des questions d'égalité, puisqu'il s'agit de délimiter la part de chacun, elle nous permet de comprendre le droit, puisque ce dernier a le même objet. Sauf que quand il s'agit du droit, il y a souvent un juge ou des tiers qui interviennent, alors que quand on parle de justice particulière, Aristote pense d'abord à notre propre bien. L'objet qui est en jeu c'est toutes les situations il faut tracer une ligne de partage, une limite. Prenons la question de rapport de voisinage : celle-ci dépend du fait que la limite soit bien tracée ou non. Les règles relatives à savoir où est la limite ne sont pas des règles de comportement, ce sont des règles qui relèvent de questions d'égalité d'équité. Mais une fois que la limite est tracée cela a une influence sur le comportement.

Ce n'est pas qu'une question de limite physique, mais aussi quant aux usages qu'on peut faire de son terrain : les constructions en hauteur en sont un bon exemple. Peut-on laisser aller sa haie à 10 m. De hauteur? Non. Le droit au sens majeur est ce qui délimite les usages possibles de la propriété. Et compte tenu de cette délimitation qui relève d'égalité matérielle, les comportements devront s'adapter.

On va faire ce passage en matière de droit réel, mais aussi en droit des obligations : entre créancier et débiteur. Ce n'est plus une limite physique. C'est ce qu'on appelle les droits et les obligations respectives de chacun et les problèmes qui se posent. On peut faire le même exercice dans tous les domaines du droit. La limite entre 2 terrains n'est qu'un exemple parmi d'autres. Les normes relatives à cette limite ne sont pas des règles de comportement, ce sont des règles qui ont pour but de dire ce qui est juste, équilibré, adéquat dans une situation. Même si ces règles ont une influence sur le comportement, ce ne sont pas des règles de comportement.

p. 144 du poly : on préfère dire que le droit c'est des règles de comportement que le juge applique, parce que comme ça on a l'impression qu'il y a une certaine sécurité. La sécurité est importante dans la philosophie d'Aristote. Il dit qu'il faut des lois, des normes générales et abstraites, on ne peut pas laisser au juge le pouvoir de tout décider. La sécurité est importante, mais pas au prix de la justice. Bien qu'on identifie le droit à l'égalité matérielle dans la situation concrète, dans cette approche d'Aristote, on estime qu'il est important d'avoir des lois en tant que normes générales et abstraites. On est confronté au problème de savoir s'il y a une objectivité possible pour savoir ce qui est égal, approprié dans une situation en cause. Une objectivité existe-t-elle dans le jugement du juge? N'est-ce pas toujours subjectif? C'est là qu'intervient le texte de la p. 144 « Le juge et les pommes de

terre ».

Le juge aurait dû faire des comparaisons, partir des faits. Il aurait dû faire une induction. Or, le juge n'a plus cette spontanéité d'esprit. Ce n'est pas entièrement subjectif de faire 3 tas. Même s'il y a des cas limites qui sont parfois difficiles à trancher. Ce n'est pas parce qu'on n'a pas la règle que cela en devient subjectif. Il faut faire des comparaisons, analyser, etc.

Le prochain texte parle de la détermination de ce qui est le plus approprié mais on ne va pas le voir.

Relation à l'art juridique

On va prendre le tableau au verso de la feuille.

On commence du I. Disposition du sujet. On a déjà écarté la vertu de justice générale ici. On parle uniquement de la vertu de justice particulière. L'art juridique est ce que fait le juriste formé. Dans les 2 cas, la vertu de justice particulière et l'art juridique, il faut procéder à une délimitation. L'art juridique a aussi pour objet une opération de délimitation. C'est une délimitation qui porte sur des choses extérieures et sur tout ce qui est susceptible d'être sien. Dans le domaine du droit, on est dans le domaine des choses matérielles, c'est-à-dire que si, lorsqu'on trace une limite, un a plus alors, l'autre aura moins. On ne parle pas de biens tel que l'amour, où on peut beaucoup aimer quelqu'un sans moins aimer quelqu'un d'autre. C'est toujours dans le domaine de ces biens que le droit intervient. Si l'un a plus l'autre a moins est l'aspect matériel de délimitation. La question des droits de votes relève aussi de ce type de biens. Donner le droit de vote aussi à ceux qui ont 16-17 ans c'est aussi une délimitation. Pourquoi? Parce que ceux qui avaient déjà le droit de vote auront une voie qui vaut moins. En revanche ne pas donner le droit de vote à des enfants demande de se poser la question quant à savoir si c'est égal, juste approprié; il faut faire passer les limite quelque part.

Concept de droit

On n'est dans la troisième colonne et on va parler de ce qu'est le droit. C'est quelque chose de juste dans une situation concrète. C'est-à-dire ce qui est égal, équitable, équilibré, dans le sens des 2 plateaux de la balance qui s'équilibre.

La troisième caractéristique est qu'égal est le milieu entre les choses : ni trop d'un côté ni trop de l'autre, c'est juste au milieu entre ce qui serait un excès en faveur de l'un ou un excès en faveur de l'autre. Pascal dit que c'est aussi difficile que de faire se toucher de pointe de compas en fermant les yeux.

On dit aussi que c'est une proportion : en droit fiscal, cela se voit très bien : ceux qui gagnent plus, paient plus; c'est donc une égalité proportionnelle.

Une forme dans les distributions et une forme dans les interactions.

Définition de l'art juridique

- Son objet : une opération de partage, de délimitation.
- Sa matière : choses extérieures et tout ce qui est susceptible d'appropriation
- son domaine d'intervention : toutes les communautés d'être humains qui ont pour objet l'utilité. Cet aspect d'utilité est central. Dans d'autres types de communautés, celles d'amis, on regarde moins qui fait quoi exactement. Alors quand dans une communauté politique, la justice au sens d'égalité matérielle exacte est absolument centrale. Une communauté fondée sur l'utilité ne résiste jamais à des situations permanentes d'inégalité. Les révolutions sont des réactions normales à des situations d'inégalité.

Villey, p. 50-51

On part d'une vertu qu'on a identifiée : la vertu de justice particulière.

Cours n°3-4 manquants

Cours n°5 = 19 mars 2009

Arrêt sur le minimum vital p. 161 ss.

Consid. 2 b : A l'époque ce droit au minimum vital n'existait pas dans la Constitution. On va voir l'approche du TF. Ce considérant est le point de départ.

« Et aussi à son épanouissement » : c'est une pensée de droit naturel qui fait penser à Finnis. Toute cette approche est contenue dans cette phrase. Finnis dirait que ce sont des biens, et que c'est pour ça qu'on les prend en considération. Pour Finnis les différents biens fondamentaux étaient divers aspects de l'épanouissement de l'être

Philosophie du Droit

humain. Quel mode de raisonnement va-t-on utiliser ? Le TF dit qu'on va s'intéresser aux conditions de l'épanouissement, de l'existence³⁴. C'est un lien : on découvre le contenu minimum de droit naturel, en remontant de l'épanouissement de l'être humain et en cherchant les conditions. C'est une approche téléologique. Cette structure de pensée est explicitée pour un philosophe dans cette réflexion de Hart et son prolongement par Finnis.

Dans le cas présent, le TF est plutôt d'accord avec Finnis (plutôt qu'avec Hart).³⁵ Finnis pensait que le contenu de droit naturel ne se restreint pas qu'à la survie, mais aussi à d'autres biens nécessaires à l'épanouissement comme l'éducation, l'instruction, etc.

Toujours avec Finnis, il y a un lien avec le droit en général : le TF indique en liaison avec la *condicio sine qua non* de l'homme pour sa survie, il énonce la garantie des besoins humains nécessaires. Par « garantie » que vise-t-il ? Une société, une communauté, une ville qui garantit ce qui est nécessaire pour l'épanouissement et l'existence. On a là-dedans une représentation de la société.³⁶

« Qui garantit », on pense à

- l'organisation économique³⁷
- la structure juridique³⁸

Il ne faut donc pas être surpris qu'à la fin de ce considérant b, le TF dit « le principe d'égalité de traitement ... ». Aider ces gens relève d'une égalité proportionnelle (ou arithmétique), même s'ils n'ont pas contribué. On peut aussi voir l'approche d'Aristote. Il est essentiel de comprendre le lien entre Finnis et ce texte. Si ce n'est pas le cas, il faut voir ce qui figure à la page 54 (rapport³⁹ sur le développement humain).

Après cet arrêt, on devrait voir 2 niveaux différents :

- le niveau droit des obligations selon Cst 12⁴⁰. Il y a un rapport d'obligation

34 Comme le dirait Hart.

35 Contenu minimum de droit naturel pour Hart est tiré de la survie. Il disait qu'on pouvait concevoir ce contenu uniquement comme ce qui est nécessaire pour la survie.

36 On a une société qui garantit ce qui est nécessaire. Ce qui est une condition de/pour une existence/épanouissement de l'Homme (dit le TF) / de chacun des membres de la société (préfère dire Torrione).

37 Une réflexion sur la structure économique : la structure capitaliste garantirait mieux qu'une structure d'économie planifiée.

38 Structure juridique : constitution, lois, décisions. On a inévitablement le terme de la justice, de l'égalité matérielle. C'est la question de l'égalité matérielle. Cela joue un rôle essentiel s'agissant de l'existence et de l'épanouissement de chacun.

39 Définit l'épanouissement de chacun en le désignant comme développement humain en disant qu'une des composantes est l'éducation, l'instruction, en un mot : l'accès à la connaissance. Une philosophie comme celle de Finnis est mise en oeuvre dans cet arrêt. La philosophie n'est rien d'autre que ce qui permet d'expliquer l'arrière fond d'une position comme celle-là. Si on adopte une autre position, on peut dire qu'on n'accepte pas la position du TF, qu'on pense que le contenu minimum est « la survie » et qu'il ne faut pas aider ces gens en position illégale. Avec Hobbs, on étudiera les positions libérales.

40 Qui n'existait pas à l'époque

Philosophie du Droit

avec un droit⁴¹ et une obligation du débiteur (de la commune de verser). La plupart du temps quand on apprend le droit, on se situe ici, dans ce rapport d'obligations. On voit que dans cet arrêt, on ne s'est pas situé à ce niveau-là, car il n'existait pas de dispositions.

- On s'est situé à un niveau juste avant, c'est-à-dire à un niveau de rapport de proportion, de justice. On s'est dit qu'en conséquence, ces 2 personnes ont le droit d'obtenir ces prétentions de la commune. Une fois que cet arrêt est rendu, on va faire une disposition. L'idée est que le droit est objet d'induction. Le rapport entre ce qui est induit (= ce qui découvert) et les normes, les prescriptions. Il s'agit du droit au sens majeur du terme. Même s'il n'y a pas de dispositions qu'on pourrait appliquer.

Autres éléments qui relèvent de cette justice distributive

Toujours avec ces éléments de justice distributive, on peut aller beaucoup plus loin : on ne distribue pas seulement le minimum vital dans la société.

- ◆ Le droit de vote : art. 34 Cst : tous les Suisses et les Suissesses ayant 18 ans révolus ont les droits politiques [...]. Cette prescription est basée sur une réflexion antérieure portant sur ce qui est juste, égal s'agissant du droit de vote. Mais est-ce juste d'exclure ce qui n'ont pas 18 ans ? L'égalité de traitement c'est de traiter différemment les situations différents, et de manière semblable les situations semblables.
- ◆ Les droits fondamentaux : qui en bénéficie? Art. 8 « tous les êtres humains ». Art. 9 « toutes personnes ». Art. 10 « tout être humain ». Art. 11 CC en particulier « jouissance des droits civils ». Art. 31 « commencement et fin de la personnalité » : au sujet de la qualité d'être humain, les êtres qui peuvent être considérés comme des êtres humains, et ceux qui ne le sont pas. A ce niveau, on a aussi un certain type de distribution. A ce niveau, l'égalité. Refuser les droits fondamentaux, la jouissance des droits civils en raison du racisme par exemple, c'est contre l'égalité de traitement. On débouche sur une philosophie politique quand on pousse cette philosophie du droit assez loin.
- ◆ La question politique fondamentale pour toute société sur la part de chacun aux avantages communs. On est à un niveau de philosophie très grand. L'égalité matérielle qui détermine cette part est la question politique centrale. La question juridique certes, mais surtout la question politique centrale. Cela signifie que le droit au sens majeur du terme comme égalité, comme équilibre est au coeur du problème politique et Aristote a écrit un autre ouvrage où il disserte sur les Constitutions et de leur manière de traiter cette question essentielle fondamentale.

[PAUSE]

41 Une créance, une prétention, un droit subjectif

Philosophie du Droit

P. 129 La société politique a pour rôle d'assurer des capacités et non pas les droits fondamentaux. Ces capacités sont des capacités d'agir, de faire, etc. Pour bien montrer la particularité de cette approche, on parlera de « capabilité ».

- ◆ Dans cette approche, on va dire que l'intégrité corporelle, par exemple, se définit comme une capabilité de se déplacer normalement, de vivre normalement, sans être handicapé. Pour que cette capacité existe, des besoins doivent être comblés : la nourriture. Les enfants sous-alimentés avant 5 ans connaissent des problèmes de développement.
- ◆ Le rôle de la société est parfois encore plus clairement en jeu, c'est par exemple : l'accès à la connaissance; il s'agit de savoir, on estime que cet accès à la connaissance est lié à la capacité de lire et d'écrire, c'est-à-dire à l'alphabétisation.

Le fait de développer ou non est quelque chose de personnel, mais l'Etat a le devoir d'assurer, voir d'imposer certaine de ces capacité : l'alphabétisation en fait partie. Les biens fondamentaux sont des capacités. Ils constituent des objectifs pour le système social. Ils sont des capacités à développer et, ensuite, l'exercice de ces capacités (par exemple lire) dépend de la liberté de chacun. Cette approche d'un point de vue philosophique signifie qu'on estime que la finalité c'est bien. L'existence, l'épanouissement par rapport à cet exercice, cette activité constitue la vie. L'Etat doit seulement assurer les capacités nécessaires.

Texte de Amartya, p. 129 : cf : par rapport au p. 54-55

Examen : question sur la théorie des capacités.

p. 129 : Plus il y a de fonctionnements

Fonctionnement = exercice, activité

Accomplissement = épanouissement

Le fait de voir dépend de la capacité visuelle.

Tous les choix doivent être faits en fonction des fonctionnements qu'on estime importants.

Qu'est-ce qu'on attribue à :

- la santé : hôpitaux, soins médicaux
- l'éducation : capacité de lire et d'écrire. Capacité de connaissance, savoir, recherche, création, littéraire.

On peut déterminer longtemps ce qu'il faut comme capacité pour avoir ses fonctions.

Lire le poly, le résumé détaillé, l'arrêt sur le minimum vital.

Lire le rapport sur le développement humain si c'est pas clair.

On revient en arrière, sur le tableau avec les cercles.

L'induction c'est ce qu'aurait dû faire le juge avec les pommes de terre et c'est ce qu'il a refusé de faire. Pour un paysan, l'induction n'est pas un problème. Un exemple d'induction, c'est aussi ce qu'on a retrouvé dans l'affaire du football club : si on applique l'art. 21, on remettra cette partie dans la situation qu'elle a voulu éviter, donc on ne peut pas appliquer 21 à la lettre, donc il faut admettre une invalidité partielle du contrat en réduisant le loyer. C'est typiquement une induction, on voit ce qu'est l'égalité des parties dans cette situation. Pour donner un exemple d'Aristote dans le domaine de la géométrie, c'est par induction qu'on voit que le triangle avec 3 côtés c'est la dernière figure qui a une surface, dès qu'on enlève un côté, il n'y a plus qu'une ligne. Un autre exemple, tjs dans le domaine mathématique : 1 1 2 3 5 8 13 21 34 ...

Aristote dit que le droit peut être perçu dans une induction. Bartole, un juriste romain du MA a formulé ça de manière frappante en disant « *Ius ex facto oritur* »⁴². D'autres disent : « *Jus in causa positum* »⁴³

Il y a ce qu'on découvre dans l'induction et la norme.⁴⁴ Le droit n'est pas déduit de la règle, mais c'est à partir du droit, qui existe préalablement, qu'on formule la règle.

« *Jus non a regula sumatur, sed a jure quod est, regula fiat* »⁴⁵

Le juriste, celui est spécialiste dans son domaine, utilisera quand c'est approprié des arguments, des inductions, des procédures qui ne relèvent pas de l'application de la loi; sans fermer des portes sans esprit de paresse.

Comment arrive-t-on à cette conception du droit en partant d'une vertu subjective?

Toute cette démarche est basée sur ce qui est la vertu de justice particulière et le fait de la distinguer de la vertu de justice générale. Aristote dit que cette vertu de justice particulière existe, qu'on la *déduit d'exemple de personne prises de pléonaxie*⁴⁶ (50 CP).

Relire les exemples d'Aristote⁴⁷ et expliquer comment en partant de ces exemples où on se fonde sur les motifs, on peut passer du subjectif à l'objectif. C'est ce qui permet de faire ce passage entre la vertu de justice particulière à l'art juridique. Il faut bien voir qu'Aristote ne dit pas qu'il y a des problèmes que quand on a à faire à quelqu'un qui a ce mobile. In concreto, le problème c'est quand le résultat correspond à son intention. Mais ce n'est que le point de départ. Mais ensuite, on va dire que l'inégalité, que l'un ait plus, au fond on dira que l'inégalité est toujours un

42 Le droit naît des faits

43 Le droit se trouve dans l'objet même du litige et qu'il faut découvrir (le droit).

44 L'art. 12 par exemple.

45 Expression utilisée par les Romains déjà dans le Digeste.

46 C'est quelqu'un qui veut toujours avoir plus que les autres, qui profite, qui est cupide.

47 Rejetés par Grotius.

Philosophie du Droit

problème; quand bien même cela n'aurait pas été créé par cupidité. Dans les cas de mobiles consistant dans la pléonaxie, l'idée est de montrer que le problème c'est le résultat. Il n'y a pas de problème à être cupide si c'est pour vouloir ce qui nous revient de droit. A ce moment-là, on appelle ça la justice. Le problème c'est quand il y a un problème objectif dans l'inégalité des parts. Dès lors c'est un problème d'égalité. Tout l'idée de ces exemples est de passer d'un mobile à l'élément objectif qui est l'égalité des parts. Cela dépend de la capacité intellectuelle qui peut être exercée par un tiers, à savoir : un juge.

Prenons le 2ème texte distribué, à la p.3 §2« Non seulement ce qui est juste [...] ». Tout repose sur cette induction intellectuelle où on découvre la limite, et les normes de droit sont tirées de là.

Cours n°6 = 26 mars

Grotius

p. 211 : concept de mer fermée
Villey : 73-93

On dira que Grotius a été le premier à quitter la pensée d'Aristote et à s'engager sur de nouveaux chemins (de la modernité, en dépit du fait qu'on verra que les préceptes de l'Évangile jouent un rôle important dans cette approche)

Il introduit une révolution.

Le droit au sens de droit subjectif : Grotius est l'inventeur du concept de droit subjectif. C'est le premier à le formuler clairement.

Point c) on soutient que les principes moraux qui sont à la base du droit. Les règles morales de base sont sur quoi repose le droit.

On a eu l'air de dire que de partir de quelque chose de général n'est pas très relevant pour le juriste.

Hart c'est aussi la théorie sur le contenu minimum de droit naturel qui tient à certain but, certaines finalités que les êtres humains ont. Téléologique : finalité interne et l'importance de cette perspective. Sur ce 2ème point Hart et Grotius ont des théories différentes.

Les capacités pour les exercer est le but. La condition de l'existence de l'homme révèle une approche téléologique.

L'approche aristotélicienne. Cette idée de la révolution introduite par Grotius principalement sur le 3ème point.

C'est la relation entre les états qui mènent à dire que le cœur du droit c'est des principes moraux fondamentaux.

Philosophie du Droit

La philosophie d'Aristote partait de qd de différent. Aussi de communauté au niveau international mais pas du phénomène de la guerre.

« Les lois se pèsent au milieu des âmes (dans les conflits) » : oui les lois de droit civil, de la communauté se taisent, mais dans les conflits ce sont ces lois constituées par des principes moraux de base. Il va reconstruire tout le droit interne sur ces principes de base c'est ce qu'on appelle l'école de droit naturel moderne.

Il dira « entre ennemis pas de droit écrit, pas de lois étatiques mais des lois non écrites que dictent la nature ou que dictent le consentement des nations. »

Point 3) Grotius refuse que le droit soit un milieu entre les choses, une ligne de partage

Ce n'est pas sans raison que qqes platoniciens : sans sens majeur du terme il y a un milieu entre les choses : cela ne tient pas la route

De dire que la vertu de justice a pour définition essentielle ce qu'elle a pour objet de détecter un milieu.

Ce qui vient un premier ce n'est pas un ensemble de règles mais c'est la connaissance dans chaque situation du point d'équilibre.

Grotius ne veut pas entendre parler de ça, il veut que le point de départ soit toujours la règle légale ou morale qu'on applique au cas particulier.

P.212 : 2ème partie 2ème § : on attaque l'idée que la justice est un milieu dans les choses, il y a seulement un pb à prendre plus mais pas à prendre moins. La justice matérielle. Il n'a pas compris l'idée essentielle d'Aristote. Il faut savoir où est la limite quel est le bon partage.

Le droit on le tire des faits... On le tire de la notion même d'être humain : pour en tirer quelque chose il faudrait qu'on en ait une idée claire et distincte (notamment de ce qu'est un être humain)!

2ème : fondement a priori (à partir d'un principe, à partir de qd qui vient avant qui est premier) C'est Grotius lui-même qui parle de cette idée qu'on peut procéder a priori. Il dira qu'on peut prouver le droit naturel (donc prouver le contenu de ces principes moraux de base) à partir de qd qui vient avant la nature de l'être humain. On peut procéder a posteriori.

3ème élément de cette méthodologie de Grotius : présenter le droit comme un système. Suivant Barberac il était le premier

4ème : si on y pense bien les principes du droit sont clairs et évidents par eux mm.

Philosophie du Droit

Recherché les principes immuables. Ces règles sont immuables, Dieu lui même ni peut rien. On est au point 5 (quelques lignes avant la fin de la page)

Texte n° 2 p. 213 à 215

Grotius va établir qu'à la base c'est pas l'intérêt individuel, l'égoïsme, etc. c'est autre chose.

P. 215 §XVI : résumé détaillé.

Désir d'être ensemble avec ces semblables, pour hobbes l'être humain est l'être le plus solitaire qui soit. Le soin de l'être humain d'avoir une société rationnellement organisé (2ème caractéristique de l'être humain selon grotius)

Ve que dit ce philosophe : distinguer ce qui est juste et injuste ne doit pas être admis, l'homme est un animal mais d'une nature supérieure.

Découvrir ce qu'est la nature humaine et pouvoir la définir par ce désir de société et d'envie d'être avec les autres.

Au §8, il fait la déduction centrale

Ce n'est pas totalement une pensée laïque

Cours n°7 = 2 avril

Grotius n'accepte pas les exemples d'Aristote et procède d'une autre façon en droit. Rappel des points de la dernière fois :

- ◆ Règles morales au coeur du système juridique qui en fondent le coeur. D'après G, il est déduit de la nature humaine, du concept qu'on a et qu'on doit avoir de l'être humain. Ceci est d'ordre rationnel, logique, déduit de la nature humaine tel que Dieu l'a voulu (aspect théologique). Barberac dira que la source véritable du droit sont les écritures saintes qui nous engage à la sociabilité; mais autant partir de la nature humaine. Mais ça revient au même dans la mesure car l'essence de l'être humain qui vient de Dieu, pour en tirer de manière déductive les principes de droit. G va même dire qu'on peut faire abstraction de tous les cas particuliers. C'est un programme philosophique quant à la conception du droit. G n'est pas du tout d'accord avec les conclusions d'Aristote. G pense qu'on atteint, en partant de la nature humaine et des règles morales de base constituant les règles de droit naturel des règles immuables. On met en place en monde de la nécessité auquel Dieu lui-même ne pourrait plus rien changer et c'est un monde dans lequel le juriste travaillerait. Il y a 2 critères à cette nature humaine :
 - le désir de société
 - la raison
- ◆ Cette nature va être le fondement du droit naturel. On s'était arrêté ici.

Philosophie du Droit

On va reprendre à partir du texte de Grotius. Parenthèse sur Hobbs pense que l'homme est un loup pour l'homme. A l'état de nature, tout le monde c'est les uns contre les autres.

p. 214

Pt VII : G passe de la nature humaine aux règles de base.

1 : **devoir de s'abstenir du bien d'autrui**, le devoir de s'abstenir de ce qui est à autrui. *Alieni abstinencia*. Le respect stricte des droits d'autrui. C'est le premier principe qui découle de la nature humaine. C'est un principe qui est une règle morale « ne pas faire de mal à autrui ». Il s'agit du respect des droits subjectifs. Il dérive directement de la nature humaine, d'une nature sociale, sociable, tournée vers les autres. Et aussi rationnel. D'une certaine façon, tout est contenu dans ce principe. G avait dit que la justice constitue tout dans l'abstention de ce qui est à autrui. p.212 (au milieu du § XLIV)

2 : **restitution**

3 : **pacta sunt servanda** : respecter les promesses, l'obligation de remplir ses promesses. Cette règle va donner lieu à un droit qui n'est plus le droit naturel, mais qui est un droit volontaire, basé sur la règle *pacta sunt servanda* et il en parle de ce droit volontaire à la p. 215 du recueil, §XV. Le droit volontaire est le droit qui correspond à la volonté de l'association ou du moins à la majorité des membres de l'association.

4 : **réparer le dommage causé**. Ici ce sont les 4 principes de base

5 : **la sanction** (=droit pénal)

p. 29 du résumé détaillé. Point (?). Les différents sens du mot droit. Ce qu'on a étudié jusqu'à maintenant c'est uniquement le droit en tant que règles, donc dans un seul de ces sens. Les 4 principes de base, c'est uniquement le droit dans le sens de droit naturel.

Nous allons voir le droit au sens de droit subjectifs.

La distinction entre ces différents sens commence au point 3 p. 215->217

§IX p. 217 : il explique qu'un des sens du mot droit, c'est les règles contenues dans le droit naturel, notamment les 4 principes qu'on vient de voir. On retrouve aussi ça dans le droit volontaire. C'est du droit positif, mais les différentes lois relèvent de ce sens du mot droit. Mais on parle toujours de la règle du comportement. (3e signification)

La loi constitué par ces 4 règles morales de base qui se déduisent de la nature humaine selon G, lien avec Kant : K s'inspire de G tout en rejetant la déduction

Philosophie du Droit

depuis la nature humaine. Rousseau le premier dit que c'est peut être juste que ces 4 règles sont celles de base de droit naturel, mais qu'on ne pas les déduire de la nature humaine, il dit qu'il se les donne à lui même, qu'il se les impose à lui même. Dans cette philosophie de K, il n'y a pas de plus grande liberté que d'obéir à une loi qu'on s'est fixée pour soi-même. Les normes en quelque sort viennent de soi même. C'est l'invention de l'autonomie. C'est l'être humaine dans sa spontanéité, sa liberté qui se les donne à lui-même. Comme un groupe politique qui acquiert son indépendance et qui se donne sa Constitution. C'est presque une variante de l'école de droit naturel lui-même. On dira que ce qui est inacceptable chez G c'est que tout dépendant de la nature humaine telle qu'elle a été crée par l'homme; en réalité, tout dépend de sa liberté, de son autonomie. Autonomie de la volonté = la volonté est à l'origine des règles. Tout ça est le droit naturel dans le 3ème sens, c'est-à-dire au sens de loi.

On peut entendre droit dans un autre sens qu'on va voir ci dessous :

§III

Le critère c'est la nature sociale et raisonnable de l'être humain. Et, à nouveau, la justice qui correspond en tout à l'abstention de ce qui est à autrui. C'est le premier sens. Il faut le comprendre de manière négative.

On va voir maintenant le droit au sens de droit subjectif, p. 216 pt IV

« qui se rapporte à la personne » : le droit se rattache à l'individu
« qualité morale » : qualité psychique. Ici droit au sens de droit subjectif.
« n'appartiennent à aucun autre... »

Attention, le droit au sens de droit subjectif peut aussi être du droit naturel, au même titre que le droit au sens de règles. Ça peut aussi être du droit volontaire dans la mesure où on parle de facultés au sens de droit objectif. Ces 3 sens différents du mot droit désigne tous du droit qui peut être du droit naturel ou du droit volontaire.

Lorsque la qualité morale est parfaite = faculté, sinon = aptitude. Renvoi à la citation de Steinhauer à la p. 219.

C'est exactement le sens dans lequel G l'utilise. On accepte toujours les distinctions faites par G.

On ne verra pas Rousseau et Fichte, on verra seulement Hobbs qui s'oppose à G mais qui se reproche de G contre A sur ...On verra Locke (il s'oppose à la souveraineté en matière étatique).

On va repartir de la citation de Steinhauer : l'idée d'une faculté qui dépend du droit objectif, qui dépend donc de la loi. Si la loi ne fait pas partie du droit naturel, mais que c'est du droit positif, les facultés que donnent la loi relèvent aussi du droit positif que G appelle du droit volontaire. G va s'intéresser aux droits subjectifs qui

Philosophie du Droit

relèvent du droit naturel et qui appartiennent à l'être humain, par le seul fait que ce soit un être humain.

Les 4 principes qu'on a vu précédemment et les droits subjectifs qui découlent de la nature humaine. Il y a une espèce de correspondance entre les 2. On s'en aperçoit bien si on revient sur la première règle (=loi), quand il dit que s'abstenir de ce qui est à autrui revient essentiellement à respecter le droit d'autrui, on utilise le mot droit ici au sens de droit subjectif. S'abstenir de ce qui est à autrui est une règle au sens de droit naturel. Tout revient au même. Les auteurs ont l'impression que ce qui est important pour G ce sont les droits subjectifs qui découlent de la nature humaine.

Nosik dit que les individus ont des droits et qu'il y a des choses qu'on ne peut pas faire sans enfreindre leur droit, que ces droits sont d'une telle force, d'une telle portée qui soulève la question de ce que peut faire l'Etat et ses commis, si tenté qu'il puisse faire quelque chose. Quel place les droit individuel laisse à l'Etat? Aucune. On voit quelqu'un qui utilise la position de G au niveau politique pour défendre l'idée que les individus ont des droits indépendamment de l'Etat et que ce dernier doit se tenir un minimum à distance. L'idée de droit subjectif qui appartiennent par nature à certains individus est aussi utilisée.

Grotius parle de droit au sens de droit subjectif comme une qualité morale. Il va distinguer la qualité morale parfaite (= une faculté) de la qualité morale l'imparfaite (=aptitude).

Faculté : §V-VI p. 216

quand on dit droit proprement ou strictement dit, on parle de droit naturel. Tous les droits subjectifs ne sont pas forcément du droit naturel, certains découlent de droit volontaire. §6 Il existe 2 types de faculté (celle qui relève du droit public et celle qui relève du droit privé). On va s'intéresser surtout au droit privé et on revient au §5 i.f. : il y a la division qu'on a apprise en première année = parmi les faculté, on distingue les droits de créance, droit des biens/de la propriété) et les facultés par rapport à soi-même, qui embrasse la puissance sur soi même ou bien la faculté par rapport à autre et là, on parle de la puissance paternelle. On a ici la division qui est encore utilisée : entre les droits de créances qui sont des droits subjectifs par rapport à une autre personne et les droits de propriété qui sont des droits erga omnes.

Pourquoi est ce que G fait cf au jurisconsulte à la p. 216 §5 qui désignent la faculté par le mot « sien », qu'est ce que ça signifie?

Par jurisconsulte, il vise les juristes du droit romain, ce sont les praticiens du droit, essentiellement du droit romain. On voit qu'il se réfère aux jurisconsultes qui désignent qui disent « sien » pour faculté.

Ça nous rappelle dans le fameux tableau à bulle le pt II « le sien dans un jugement ».

Philosophie du Droit

G fait un lien entre droit subjectif (faculté) et ce que faisait les jurisconsultes c'est-à-dire attribuer à chacun le sien. Quel lien fait-il? Il dit que c'est la même chose. Il a presque l'air de dire qu'il ne s'agit que d'un changement de langage. Les jurisconsultes, les juristes de droit romain ne parlaient pas de faculté. G qui développe ce concept rajoute cette remarque intéressante, il dit : ce dont je parle sous droit subjectif, c'est ce que les jurisconsultes désignaient par le mot sien.

Il faut partir du rapport juridique de base entre 2 personnes. Le rapport juridique est un lien social envisagé du point de vue du droit. Dans ce rapport social, on peut déterminer ce qui est juste, approprié, équilibré, etc. Par exemple, pour la question de la hauteur des haies, on doit déterminer ce qui est juste, équitable. Mais une fois que c'est déterminé, si on utilise le langage du droit romain, on dira que chacun a le sien.

Cette une invention relevant de la technique juridique et qui peut être neutre par rapport aux autres philosophies. On ne dit pas que G utilise les droits subjectifs de manière neutre, il va les utiliser dans le domaine du droit naturel où les droits subjectifs découlent de la nature humaine et cela n'a rien à voir avec le droit romain. Les êtres humains ont, de part leur nature des droits, et ces droits doivent être respectés par quiconque. Pour Hobbes, tout individu a des droits subjectifs sans limite. C'est-à-dire que tout individu a le droit de tout faire, tout ce que sa puissance, sa force lui permet de faire. C'est ce que Hobbes appelle le droit de nature qui existe et qui autorise tout être humain à tuer un autre, etc. tant que c'est dans son intérêt mais il est le seul juge de cet intérêt.

Résumé :

- Hobbes et l'idée de la guerre de tous contre tous. On doit partir de la définition d'un manuel, par exemple celle de droit réel et là on comprend que les droits subjectifs sont une faculté qui dépend de la loi. Et là, on découvre ce que G appelle droit subjectif volontaire.
- Ensuite on doit introduire l'approche de G en matière de droit naturel, découlant de la nature humaine, et l'adapter à celle de droit subjectif. Droit subjectif qui ne dépend pas du droit positif mais qui appartient par nature à tout être humain. Hobbes pense aussi cela mais a une toute autre conception du droit naturel. Pour G ces droits subjectifs qui appartiennent par nature à tout être humain permettent une vie sociale harmonieuse.
- Le droit subjectif comme invention relevant de la technique juridique. Il dit que ce n'est qu'un autre terme pour désigner ce que les juristes romaines désignaient par le mot sien, c'est terminé une fois que la délimitation propre au travail du juge ou du législateur.

Cours n°8 = 9 avril

Cours n°9 = 17 avril

Cours n°10 = 23 avril

Positiviste radical exclusif par excellence. C'est le modèle d'Hottois, où la position adoptée par la cours de cassation par l'arrêt perruche. A distinguer Hart de Hottois. On a vu le premier thème l'autre jour. Petit rappel :

1) Nature Humaine

On découvre la nature humaine quand on étudie a) l'état de nature qu'il faut opposer à l'Etat social dans lequel on est aujourd'hui. b) Il existe le droit de nature dans l'Etat de nature. C'est un droit subjectif infini. c) Dans cet Etat de nature, il y a une guerre de tous contre tous.

P. 223 : première partie chap. 14 « dans les chapitres précédents ». Les 13 premiers chapitres posent ce qu'est l'être humain. Hobbes s'imagine en quelque sorte toute espèce d'être humain comme si c'était de la matière à l'état gazeux. C'est composé de particules qui s'entrechoquent dans un mouvement tout à fait désordonné. Il voit les êtres humains regroupés comme des particules élémentaires. Chaque particule est sous l'impulsion du seul appétit (expression de Rousseau) entraîné à toute sorte de mouvement par une nécessité naturelle. Comme la nécessité qui impose à la pierre de tomber quand elle est lancée dans le vide, ou à l'eau de couler quand elle est sur une surface descendante. Quand il y a plusieurs éléments rassemblés au mm endroit cela donne des chocs, donc une situation de guerre de tous contre tous. Hobbes prenait sa philosophie comme une philosophie scientifique. Rigoureuse. Un mouvement d'être qui agissent sous l'impulsion du seul appétit. « une seule loi celle du désir, le règne sans frein de l'état apeuré ». L'être humain à l'état de nature est misérable selon Hobbes. Il vit avec la peur d'être tué, de l'espoir de s'en sortir. L'état de nature est déplorable.

a) ETAT DE NATURE p. 222 : revenons aux textes : l'Etat de nature « quelle possibilité elle nous a laissé de persévérer... » -> loi fondamentale de la conservation de sa propre existence qui est à la clef de tout. Il y a une égalité de fait dans l'état de nature de tous les hommes : ils sont tous aussi faibles les uns que les autres. Même l'homme le plus fort, le plus riche, doit dormir, c'est un retour à l'état de nature parce que quand il dort il revient aussi faible qu'un bébé.

p. 223 : pt 3,4,5 : il vaut mieux envoyer la bombe atomique avant que l'autre ne l'envoie. Pourquoi les hommes agressent. Ensuite, nous avons une description de ce mouvement et de ces conséquences.

b) DROIT DE NATURE : c'est propre à Hobbes d'identifier le droit à la situation juridique qui prédomine à l'Etat de nature. pt. 6 Les pouvoirs sont aussi les pouvoirs physiques et mentaux, Hobbes conçoit tout le corps humain comme un ensemble de pouvoirs. La situation qui existe à l'état de nature est une situation de liberté, d'absence d'obligation morales ou juridiques qui limiterait la liberté, ce droit subjectif, de tout faire selon son jugement. Il n'y a que des

Philosophie du Droit

obstacles physiques. C'est une liberté non sans limite, mais c'est une liberté dans la mesure où elle nous permet de survivre. Chaque particule est le seul juge de faire ce qu'il est nécessaire de faire pour survivre. Pour cette raison, le fait qu'on mette le droit à l'état de nature pour survivre n'est pas une limitation malgré les apparences. Pt 7,8,9 : Léviathan « selon son jugement » à souligner. Le droit subjectif inventé par Grotius quelques 20 ans auparavant mais qui chez Grotius étaient des droits subjectifs qui permettaient encore la relation juridique entre 2 sujets de droits devient chez Hobbes quelque chose qui fait éclater la relation. Chacun a des droits qui irradient et qui vont dans toutes les directions et c'est la signification qu'il y a jamais d'obligation. Rien ne va de l'extérieur de la personne pour la limiter. Il faut ajouter cette idée de droit subjectif et de no-limit. Chacun à l'état de nature peut dire que ses droits se caractérisent par le fait qu'il y a pour eux no limit. p. 10 : légitime : sans qu'il y ait d'obligations qu'il puisse violer. Le droit et l'utile sont la même chose à l'état de nature. Lire à la p. 224 dès « Léviathan XIII » Il ira jusqu'à dire que la justice n'est qu'une création : on verra cela plus tard. La conséquence est la guerre de tous contre tous (paragraphe suivant). Le droit de nature et les lois de nature sont des choses différentes. Les lois de nature sont des préceptes qui permettent de sortir de cet état désastreux.

Pour mieux comprendre cette situation qui existe à cet état de nature, on reprend mot à mot ce qu'il y a dans le résumé détaillé. p. 32 « pour comprendre la conception de l'état de nature chez Hobbes ».

Suivant Hobbes, à l'état de nature il n'y a pas d'objectivité possible. Pour Hobbes, dès qu'on passe à l'état social, cela n'est pas possible non plus, mais les conséquences désastreuses seront limitées. Parce qu'à l'état de nature chacun est le seul juge. Pas de critère de vérité, de critère externe. Chacun a son avis. Les goûts et les couleurs régissent tout. Si on transforme cela dans les termes de Hart (p. 89) : où il revoit les caractéristiques du positivisme, donc la 5ème est la position de Hobbes : non cognitivisme possible. Il pense que la connaissance est possible en matière scientifique, c'est pourquoi il dit que sa théorie est de la science, mais que les jugements moraux, politiques, il n'y a pas de cognitivisme éthique. Tout ce qu'on nous explique du début à la fin se réfère à ce point. Sur ce point, il y a des manières d'approfondir : p. 234 : passage du Léviathan. Quelque soit l'objet de l'appétit ou du désir qu'on éprouve est ce qu'on appelle bon. L'objet de notre haine est ce qu'on appelle mauvais. Juste en dessous on a la position contraire d'Aristote. « nous désirons quelque chose parce que ça nous semble bon, mais ce n'est pas bon parce que nous le désirons, c'est parce que nous le désirons que c'est sans doute quelque chose de bon ». Puis textes de Finnis. Y'a-t-il une possibilité de cognitivisme? (non selon Foucault, oui selon Chomsky). Derrière l'état de nature, on a l'idée qu'il n'y a pas de cognitivisme en matière de...

b) courant nominaliste : ce développe depuis le moyen âge, par un théologien, moins franciscain Guillaume D'Occam. (1285-1347). Image des particules élémentaires meilleures que celle du grain de sable qui est statique. Cayla-perruche : texte de Cayla à p. 235 (référence à Hobbes) 2ème § : il se réfère à la conception de nature de Hobbes. Essentiel état de solitude : des êtres qui, même au même endroit n'ont aucune relation les uns avec les autres. On va voir la transcendance généralité de sa loi.

Philosophie du Droit

On lit le 1er§ : conception moderne. Cayla critique la guerre... contre la liberté de disposer de soi. L'Etat de nature n'est pas parfait, il faut mettre en place un léviathan.

Passage à l'état civil (p. 33) : c'est une présentation général. Vers le Léviathan -> état doté d'une puissance effrayant. Artificialité : construite de toute pièce. On ne quitte pas le non cognitivisme éthique, mais on quitte la multiplicité des jugements. C'est là, la seule différence. Comment se fait ce passage. Attention à « contrat enter individus, par une manifestation de volonté de chaque individu ». C'est le pacte de renonciation. (à ajouter dans le résumé). Il renonce à cette idée de no limit. « et se soumet au Léviathan », c'est une étape différente, cette soumission est un pacte de soumission. Il y a un double pacte. C'est par ce double pacte que selon Hobbes on sort de l'état de nature. Un homme fabriqué par l'être humain. Chaque sujet constitue le corps de l'Etat. Le Léviathan de Hobbes. Il défendait le roi, c'était un royaliste. Il était proche de Charles II qui a condamné les gens qui ont tué son père. Rousseau mettre Hobbes à la sauce démocratique en disant que le souverain est soumis à la volonté populaire. On verra peut être Locke à l'origine de la constitution américaine pour qui une bonne conception politique est où il n'y a pas de souverain. Même pas le peuple. Confirmé par le Tf en matière de naturalisation. Faut il vraiment un souverain? Que c'est le fin mot dans un état comme le pensait hobbes, sinon selon lui on en restait à un état de nature. On va voir le passage du pacte de renonciation au pacte de soumission. Le pacte de renonciation est horizontal, alors que le pacte de soumission est vertical. Le pacte de renonciation se comprend à travers ce que Hobbes appellent les lois de nature qui n'ont rien à voir avec le droit de nature. Renvoi au résumé détaillé. Le souci de Hobbes c'est de montrer comment ce passage peut se faire sans intervention extérieure. On va retomber sur un truc étudier à propos d'Hottois comme quoi le droit c'était l'auto-limitation réciproque de chacun. Pour voir ce développement, on prend le texte de Hobbes : p. 224 §14 . la première loi de nature : chacun doit s'efforcer à la paix aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'atteindre. Pour comprendre cette première loi de nature il faut voir comment elle est réaliser dans cette 2ème loi de nature. p. 225 : chaque homme doit se départir du droit qu'il a sur toutes choses. pt. 2 p. 225 donc. Se départir du droit qu'on a par nature. Ne serait ce pas indirectement le fait de reconnaître comme BJ = la vie. On va regarder la p. 236 (sous les pts 72-73). Le sujet ne veut pas la mort. On nous dit que s'il y a la paix on atteint mieux cet objectif qu'on n'a pas choisi mais qui est une nécessité que par la guerre. C'est précisément le point où une philosophie jusnaturaliste se sépare du positivisme radical. Deuxième loi : le pacte de renonciation p. 225 : élément de réciprocité nécessaire, c'est pour cela que c'est un pacte. Il faut essayer de rapprocher ce pacte de renonciation de ce qui figure avec Hottois, p. 45 déclaration des droits de l'hommes et du citoyen. Tout repose sur le principe à la p. 46 : ne faites pas à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'on vous fit. À relier avec p. 225 dernière ligne du point 2 au 2ème §. Troisième loi de nature : p. 226 §1 : pacta sunt servanda. On devrait plutôt dire pactum, car il n'y en a qu'un : le pacte de renonciation! On continue en étudiant la situation après la troisième loi de nature. P226 pt 1 et 2. On peut parler de justice et d'injustice qu'en prenant

Philosophie du Droit

en compte la 3ème loi de nature. A l'état de nature pur, il n'y avait ni tort ni dommage possible. Apparaît l'injuste. Au paragraphe suivant on va faire le lien avec Aristote (prochain cours). Ce pacte initial de renonciation qu'on a fait est-il valable? Parce qu'on était dans une situation de crainte fondée.

D'une certaine façon à l'état de nature tout le monde est dans cette situation de crainte fondée. Hobbes fera tout un lapsus pour dire que tous les pactes conclus sont toujours valables, que c'est toujours du béton, et vu que tout repose sur ce pacte il est essentiel que ce pacte soit solide et qu'il ne puisse pas être attaqué. Pt 1.3. : cela montre bien ce qu'Hobbes pense que la 3ème est la condition de validité de la 2ème loi et 2ème loi qui est la condition pour atteindre la paix et donc augmenter ses chances de survie. On va voir que tout ça c'est beaucoup mais ce n'est de loin pas suffisant. Qu'est-ce qui manque? Il manque la police, la contrainte, le souverain avec ses armées, ... Il est nécessaire de trouver ce souverain et de s'y soumettre. C'est le pacte de soumission qui va s'ajouter.

2) ...

Cours n° 11 = 30 avril

P. 7 poly: contenu du droit applicable.

On voit quelles sont les méthodes mises en œuvre pour trancher. La méthode socratique est celle qui est la plus souvent utilisée. P. 67.

Hobbes est un philosophe très important. Sans doute quand on parle d'éthique, on fait référence à Kant, mais quand on parle de real business, de décisions politiques importantes, on parle de Hobbes.

Chacun est lié par le même pacte, pacte qui est un contrat social « Le contrat social ». C'est un pacte dont le contenu est caractérisé par le fait qu'il met des bornes aux droits de nature, il met des bornes à l'exercice des libertés, c'est-à-dire à l'exercice du droit de nature. C'est pour cette raison qu'une fois le pacte conclu, il n'y a plus d'état de nature. P.45. Ces bornes sont définies comme celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits.

Une fois le pacte de renonciation conclu, on a au fond les règles de la déclaration des droits de l'homme de 1989 qui sont conclues. A comparer avec la p.45 du polycopié. Pour arriver à ce résultat cela suppose que les 3 premières lois de nature de Hobbes ont été mises en œuvre.

1/Cela suppose qu'on ait des gens qui veulent la paix, ils la veulent car ils ont compris que la paix était dans leur intérêt. Il faut que chacun le considère qu'il y ait cet élément de réciprocité.

2/Renonciation à un caractère illimité des droits de nature dans un pacte.

Philosophie du Droit

3/Lois : on sait qu'on est lié par un pacte/contrat qu'on a conclu -> pacte sunt servanda.

Une précision sur cette renonciation : on ne renonce qu'aux caractères illimités du droit de nature, et non pas à tout son contenu. Mais pour Hobbs, l'élément central du droit de nature on y renonce pas. C'est le droit de résister quand on est attaqué, c'est la légitime défense. Cela contredirait la base qu'on agit dans son intérêt, ça contredirait la première règle. Il est logique pour lui que celui qui soit condamné à mort puisse se battre pour survivre. Je ne crois pas qu'on puisse parler de légitime défense. C'est surtout une question de logique

- Réflexion sur la nature de ces lois de nature

La nature de ces lois de nature c'est une simple question de logique, c'est une simple question de raison logique. Il faut essayer de les comprendre à fond. C'est une question de calcul logique car tout le monde s'aperçoit que pour poursuivre la survie comme on le fait à l'état de nature c'est contradictoire, parce qu'on tente de la poursuivre par des moyens contraires à la survie. Parce que rappelons que l'état de nature, c'est un état de guerre. Lors d'une guerre même les plus forts sont faibles, ils pourraient être attaqués et se faire tuer. La paix c'est mieux pour survivre. Le problème de la paix, c'est qu'on dépend de la position de l'autre. Le moment où on recherche la paix est le moment le plus dangereux : quand on recherche la paix avec un adversaire, c'est là où on est le plus « faible ».

Puisque les lois de nature relèvent de la logique, ce ne sont pas des commandements. Au lieu de les appeler des commandements, il faut les appeler des préceptes.

P.225 : pt 1 en italique :

Hobbes « la raison n'est que le calcul de l'utilité ». En économie on parle aujourd'hui de la raison comme un calcul d'utilité. Il s'agit de déterminer le moyen le plus utile pour la survie. C'est ce calcul qui amène à découvrir les préceptes.

Pt. 12 p. 228 : « dans la mesure où la loi est à proprement parler un commandement ». On les appelle loi en raison de leur auteur -> Dieu.

- Résultat après la conclusion du pacte de renonciation

Lien fait par Hobbes avec Aristote. P. 226, le pt 2 et p. 227 pt 5

Hobbes va souligner qu'après la conclusion de ce pacte, et uniquement après qu'on peut voir la justice et l'injustice apparaître. Ces éléments n'existent pas à l'état de nature. Cela apparaissant de nouveau comme une question de logique et non pas comme une question de contenu matériel.

Philosophie du Droit

La rupture ou la violation du pacte de renonciation se nomme TORT. On a donc le juste et le juste (ce qui est logiquement conforme au pacte, qui respecte cette restriction de l'exercice du droit naturel) et injuste (en violation avec les engagements pris dans le pacte). Remarque : une idée à laquelle beaucoup d'entre nous croient sans l'avoir critiquer, est juste ce qui est conforme aux engagements qu'on a pris. Il n'y a du juste et de l'injuste qu'en relation avec un contrat qu'on a fait. Avant, il n'y a rien puisqu'on est à l'état de nature, le juste est l'injuste n'existe pas.

p. 227 pt 5 : il balaie la position d'Aristote en disant que la position justice distributive ou commutative n'est pas adéquate. Il dit que ce n'est pas une question d'égalité matérielle, il rejette d'ores et déjà les ATF en disant qu'il n'y a pas de justice matérielle. La justice ou l'injustice va dépendre uniquement de la logique. De savoir s'il y a un contrat ou non. Pt 13 page 226. Les pactes doivent être cohérents avec le pacte de renonciation. Attention cela ne vaut pas pour le souverain. Le souverain est resté à l'état de nature. Il n'y a pas de juste et d'injuste dans ce qu'il fait. Mais il n'y a pas selon Hobbes de « défense de la partie faible ». Pas de lésion possible. Pour ce qui est de la justice distributive (distribution de bénéfice, générosité) doit être écarté du niveau juridique. Pt 5 i.f.

Le tort est uniquement dans un problème de logique. Il décrit la philosophie d'Aristote en disant que « non ce n'est pas ça ». Il liquide au passage la justice distributive, en disant que ce n'est pas du droit sauf si cela est dans un contrat. Tout est ramené comme chez Grotius en disant que n'est rigoureux que ce qui est contractuel. « CONTRACTUEL, DONC JUSTE ». Juste /matériellement égal, donc contractuel. Ce pacte de renonciation est bien représenté dans la convention de 1989.

Il faut en plus du pacte de renonciation, il faut aussi un pacte de subordination.

Le pacte de subordination

P. 229 §1 italique

Hobbes explique pourquoi en plus du pacte de renonciation, il faut un élément coercitif, un élément de contrainte. On trouve là l'origine de ce que Rousseau nommé la volonté générale, sauf que pour Hobbes cette volonté générale est plutôt celle de Hobbes.

Pt 7 : les lois = le droit positif.

Italique : le souverain à qui on se soumet reste à l'état de nature. Hobbes va concevoir ce pacte de soumission comme une soumission unilatérale en quelque sorte. Car quelqu'un reste à l'état de nature parce qu'il n'est lié ni par le pacte de soumission (puisque c'est lui le souverain) ni par le pacte de renonciation (puisque'il n'est pas passé par là). Hobbes défend l'idée d'un souverain totalement délié, d'un souverain absolu, pour lui c'est une bonne chose. Un idéal. Il faut un Léviathan. Pas un souverain aux pouvoirs limités. Le Léviathan peut être un système.

Philosophie du Droit

Hart : philosophie de Hart, sa conception du droit sans le contenu de droit naturel ou sa conception du contenu de droit naturel.

On peut aussi supposer qu'on a un peuple souverain, dont la volonté populaire est souveraine. Que fait l'Etat dans cette conception? (p.230. Ch 1)

ch.1 -> le droit de se défendre si cette loi n'est pas assurée c'est ce qui reste au droit de nature. On espère qu'il l'a rempli. Autre que les obligations qu'il a vis à vis de Dieu. Aspect législatif « compte tenu du non cognitivisme éthique ». Le souverain est le seul juge de ça sans qu'on puisse critiquer d'une façon ou d'une autre ces choix. Il reste dans une situation où il n'y a pas de bon, de mauvais de juste, d'injuste. D'une certaine manière, c'est parce que le souverain est resté la nature qu'il fait loi. C'est ce qu'il dit qui fait loi. C'est une philosophie d'une logique parfaite (humhum... j'irai pas ça).

Hobbes va partir en guerre contre tout les corps intermédiaire :

- les universités : surtout celles qui enseignent la philosophie des grecs. Il parle d'eux comme des démocrates démagogues et désordonnés. Il considère la pensée d'Aristote comme démocrate
- les juges et les juristes de façon générale : p. 233 en bas de page. Il a écrit tout un dialogue entre un juriste et un philosophe. Il défend l'idée que le droit n'est que la question de la volonté du législateur. Après « p.45 §3 » il faut écrire non cognitivisme éthique ». Le droit n'est que la volonté du juge. Pas de sagesse. Le problème est que les juges et les juristes se croient au dessus du souverain.
- les ecclésiastiques : ce qu'il trouve terrible dans les églises c'est qu'elle laisse croire qu'il y a une vie après la mort. Pour Hobbes c'est un peu près la croyance la plus dangereuse dans un état. Aujourd'hui on peut dire que ça favorise le terrorisme, les kamikazes, les gens qui n'ont plus rien à perdre. Il souligne que la croyance que la vie après la mort est une chose des plus dangereuses, ça remet en question le système étatique du Léviathan.

● Principes de base des philosophies les plus fidèles à Hobbes

1/ Tout individu n'est mû que par son intérêt. C'est un principe de base pour l'ensemble de l'existence et pas qu'au niveau économique. Son intérêt c'est sa propre conservation. Cela est le socle de ses approches. A propos de ce socle, lettre de Mersenne à propos du livre de Hobbes « ce livre vaut un trésor et il serait à désirer que les caractères dont on l'imprime fussent d'argent. Noble philosophie. Il faut renoncer aux bagatelles de la sceptique ». On part d'une base certaine. Pour lui l'être humain est ceci.

2/ Est rationnel ce qui permet de maximiser son propre intérêt et rien d'autres. On généralise cela, le comportement rationnel pour tout espèce d'être humain est non

Philosophie du Droit

pas de poursuivre son intérêt (ça c'est logique) mais c'est de la maximiser. La raison est définie comme la capacité de calculer le maximum en termes d'intérêt individuel.

3/ Tout cela est valable au niveau économique donc s'agissant du comportement des agents économiques producteurs, consommateurs.

4/ Tout cela est valable au niveau général, pas seulement économique, et il faut parler de société de marché⁴⁸.

→ Comment explique-t-on dans ces philosophies actuelles le passage à l'Etat social, comment passe-t-on à la société de marché?

- voir les avantages de la société c'est voir les avantages de la coopération. On sort d'un état de nature isolé et il y a une certaine coopération.

→ en partant de l'idée que les gens veulent la paix, donc coopérer, il faut une contrainte. C'est ce qu'on va démontrer : il faut un pouvoir, une contrainte extérieur.

- ils prétendent justifier ce que disait Hobbes « la nécessité d'une contrainte pour qu'il y ait une coopération » dans la théorie des jeux.

- Cas du resquilleur : état de nature dans l'exemple c'est chacun utilise les 2 moyens de transport pour se déplacer. C'est chacun utilise le sien. Coopération dans un état de société c'est des transports en commun. On part de l'idée qu'on arrive à démontrer que les transports en commun, c'est avantageux pour tout le monde. D'accord pour des transports en commun. S'agissant de gens qui ne sont mus que par leur intérêt personnel, qu'est ce qui sera rationnel pour ce qui est des transports en commun ? Il est plus rationnel de resquiller que de payer son billet. On suppose au monde qu'il n'y a que 2 personnes. Chacun utilise son transport privé il se met d'accord pour un transport en commun au 2, sans pouvoir de contrainte qu'est ce que j'ai avantage à faire, si je paie mon billet, l'autre arriver peut être à la conclusion que le mieux c'est de ne pas payer le sien, en revanche si je ne paie pas mon billet, l'autre a toutes les chances de faire la même réflexion que moi -> transports en commun vont faire faillite et on se rendra compte qu'il faut un contrôle, une contrainte

- **le dilemme des 2 prisonniers. (pas vu)**

Cours n° 12 = 7 mai

48 On parle d'économie de marché, c'est une économie basée sur la concurrence et on fait le passage en disant que ce qui doit être basé sur la concurrence, sur l'intérêt individuel, pour avoir une organisation rationnelle ce n'est pas seulement l'économie mais c'est la société toute entière et de l'ensemble des comportements humains, on comprend aujourd'hui que c'est précisément ce que Hobbes dit. On calcule exclusivement en fonction de son intérêt on vise à le maximiser. Le lien avec Hobbes est immédiat.

Philosophie du Droit

Introduction : intervenant Juge

Le droit se décrit pas la justice.

La philo pose la question du sens, quel est le sens de ce qu'on fait? Elle réconcilie le droit avec l'intelligence. Cicéron « c'est pas dans les 12 tables qu'on trouve ce qu'est le droit, mais dans les profondeurs de la philo ».

Il y a des philosophies qui disent qu'on ne connaît pas la justice, on s'en tient à une technique (non cognitivisme éthique).

Aristote-Villey-Finnis... : ceux qui collent

Il y a une distinction entre l'université et la vie pratique : la même que celle entre la science et l'art. On étudie des règles de droit, la pratique c'est autre chose : réparer des situations d'injustice, etc.

Le droit comme science c'est d'abord un système. Donc, dans la vie pratique, on est vite perdu. Aucun repères.

En théorie, le droit semble absolu, solide, nécessaire/En pratique, c'est relatif, cela change, etc. C'est la distinction entre l'un, l'unité, l'humanité, et l'être, chaque cas est différent.

Quand les théoriciens essaient d'enfermer les praticiens dans des directives telles que ces derniers ne peuvent plus appréhender le résultat et l'adapter aux circonstances, alors ils trichent.

La justice est d'abord une question d'égalité Pas une question de normes abstraites. Nécessité interne du droit d'aboutir à qc de réel et de concret. Cf : citer Michel Villey /livre je pense.

L'université = forme Pratique = matière. Une forme de stylo sans le contenu c'est inconcevable. La doctrine et le juge collabore très étroitement. Il y a donc un aller et retour entre la théorie du droit et sa pratique. Entre la déduction et l'induction.

Correct outcome

1° Critique des lois iniques. Sentiment irrésistible des juges de se battre contre de telles lois, de les « détourner » pour arriver à un résultat correct. Critique de la loi par l'injustice du résultat.

Insuffisance de la loi :

a) Mme Barbiery assassine son mari et demande sa rente de veuve. Jackpot. Cela a été refusé. A l'époque la LAVS ne prévoyait pas ce cas-là. Il a profité d'un loi de droit privé qui disait : on ne peut pas profiter du dommage qu'on a soi mm congé.

Philosophie du Droit

b) Une dame n'a plus rien à manger depuis 36h. Misère. Indigence. Elle va chez son cousin lui demander une miche de pain. Il refuse. Elle prend quand même. Police arrive. Le juge Magnot est face à une loi qui ne prévoit pas l'état de nécessité. Il s'était mis à la place de la dame. A la révision suivante du Cpr on a introduit l'état de nécessité.

Correct outcome : son greffier positiviste lui sort un arrêt concernant un pb et il dit : ça tu vois, c'est la solution.

La solution semble choquante. Il a donc été vu les références.

Il y a un a priori qu'il faut avoir c'est que la loi est intelligente et ne cherche pas un résultat injuste.

Hiering : Un jour on lui demande de faire un arbitrage -> équité

On enseigne souvent l'équité comme une parenthèse à côté de la loi. C'est pourtant elle qui guide notre jugement : regard critique sur le résultat correct de l'application de la loi. La règle générale ne surplombe jamais le cas réel.

Proverbe : le droit est l'ombre portée par la statue de la justice. Le droit n'est qu'une apparence et la réalité est la justice (= lumière à l'entrée de la caverne). La justice c'est comme la lumière on ne sait pas ce que c'est mais quand elle n'y est pas, on s'en aperçoit.

Conclusion

La justice est qq de fragile, on étudie le droit mais on aime la justice.

Pour rendre une bonne justice, il faut trouver un bon juge.

Fin

Cours

Il faut systématiquement faire recours à un point de vue critique, parce qu'il n'y a aucune solution qui paraît évidente dès le premier abord. Il faut une mise à l'épreuve et si ça résiste, alors c'est une bonne solution. Il faut toujours avoir cette perception de ce qui est correct compte tenu de la particularité de cas, c'est un point d'appui. Aujourd'hui, on a une illusion de perspective. On va devoir prendre des décisions qui ont un effet sur les gens.

Fil rouge du cours : La méthode pour réfléchir et conclure dans ces domaines : c'est la méthode socratique, méthode de délibérations. Elle est présentée dans les universités américaine comme la méthode du juriste. « Socratic method » est un pilier de la formation à la pratique du droit.

Philosophie du Droit

Cela est appliqué dans tous les cas où il y a cette tension.

Illustration première :

La perception de ce qui est juste, correct porte sur la question, dans ce cas, de la violence domestique, viol ou autre type de violence à l'intérieur des maisons. On a à faire à un sens éthique naturel qui nous dit que c'est intolérable

Illustration seconde :

L'esclavage.

Réflexion : l'utilitarisme donne de l'importance au vécu psychologique de la personne. On s'aperçoit que les violences domestiques sont supportés dans certains endroits et considérés comme quelque chose d'acceptable. Cela signifie-t-il qu'il faut abandonner l'idée que cette intolérable quand c'est « bien vécu »? Parfois la solution appropriée est de dire qu'on avait mal perçu, On poursuit un équilibre entre le système et la perception d'un « correct outcome ».

p. 67 du poly : cela porte sur la méthode

P. 69 : description de la méthode comme caractérisée par la méthode socratique. John Rawls : théorie de la justice. Celui-ci dit, à propos de la méthode qu'il utilisait comme philosophe et non pas comme juriste : il pense qu'une approche déductive est impraticable. Il parle de philosophie mais c'est la même approche. Il faut faire un renvoi à la p. 73 (autre auteur qui arrive à la même conclusion). 2^Ème et 3^ème paragraphe. (la méthode à appliquer est aussi vieille que Socrate). On n'a pas à faire à des principes, à un point de départ tout à fait vrai d'où on aurait qu'à déduire. Pourquoi parle-t-on de méthode socratique, alors qu'au 2^{ème} paragraphe Rawls se réfère à Aristote « Ethique à Nicomaque », la réponse est dans le 3^{ème} paragraphe. Aristote prétendait être plus fidèle à Socrate que Platon quand il s'agit de méthode.

2^{ème} point p. 69 : on arrive au terme de l'application de cette méthode, milieu 69, « à un jugement bien pesé à un équilibre réfléchi ». On va étudier ces 2 pôles :

a) Jugement bien pesé

Jugement médité, prémédité.
Appréciation rendue quand tout a été bien considéré. C'est, par exemple, le jugement d'Abraham Lincoln quant au fait que l'esclavage est inacceptable, ou la violence domestique. Rawls dira que ces jugements bien pesés, dans des domaines spécifiques doivent être mis en correspondance avec description avec des systèmes philosophiques et

b) en équilibre réfléchi

Nos principes et les jugements finissent par coïncider. Pt 4p 71
P. 72, p. 75

Philosophie du Droit

l'appréciation qu'on a dans le cas
d'espèce ce qui permet d'arriver
à un équilibre réfléchi.

On saute à la page 70 pt 3

Ce sont des espèces de points fixes, ces jugements. Au niveau judiciaire, le juge doit porter un jugement juste, bien pesé, au sens de ce qui est décrit. Ce n'est jamais le fin mot de l'histoire il faut mettre cette appréciation en rapport avec le système de loi. Et il faut confronter les 2, cf pt 4 p. 71

P. 72 présentation de la même chose dans des termes peut être plus clairs.
Position théorique = doctrine. L'idée de la confrontation des 2 bouts est de nouveau représentée par cette auteure.

Le Tf a mis en œuvre cette approche, p. 75

Dimension principielle : par principe, on sait que l'esclavage est mal, injuste, la violence domestique, la voleuse de pain, etc. On doit essayer d'arriver à quelque chose de cohérent, d'équilibre, pas de point de départ absolu. Le but est l'équilibre, la cohérence.

Résumé

1° méthode socratique

2° jugement bien pesé

3° la cf à la jp du tf qui présente la mm tension

4° le cognitivisme moral (en se référant à l'expression de Hart, p. 89). Ceux qui défendent cette méthode sont partisans d'un cognitivisme au niveau éthique ou non, la réponse à cette question se trouve au premier paragraphe de la p. 73. Cela est à mettre en rapport avec le 2ème paragraphe, 6 ligne avant la fin sur la p. 72

anthropocentrique : ce qui est pour le bien de l'être humain mais de non relativisme. Il faut des argumentations et un débat simple. Comment la vérité peut-elle sortir de la confrontation des propositions ? Proposition d'un auteur p. 81

fin du premier § -> §5

Il décrit spécifiquement ce que fait le juge. À la place de loi, droit naturel on peut mettre système qui préexiste.

§7 : exactement ce qu'on fait en pratique. C'est une sorte de balancier de se mettre dans la peau d'une des parties, puis d'une autre pour enfin s'arrêter à une solution. C'est cette mm méthode qu'il faut mettre en œuvre quand on étudie les conceptions philosophiques

P. 77 : aux USA c'est un mouvement assez fort et on appelle cette approche *critical argumentations*. P. 79 : la méthode est décrite plus précisément, au sommet de la page on essaie de déterminer si les conséquences juridiques applicables aux faits... « que se passe-t-il dans la jp si tel ou tel élément est modifié », peut-on toujours appliquer

les choses telles quelles.

Droits subjectifs chez Grotius (rappel et précisions)

P. 219 : la définition par Steiner, C'est donc une faculté qui est notamment une créance parmi les droits subjectifs y a notamment les droits de créances qui permettent d'imposer à l'autre partie, le débiteur, le paiement. C'est une faculté d'imposer un comportement consistant à payer à l'autre partie.

Ce droit subjectif repose sur une disposition légale relevant du droit positif. Dans ces définitions, on pense à ce domaine comme étant la base des droits subjectifs. C'est tout à fait conforme, c'est ce que Grotius appelle le droit volontaire, c'est le droit positif, le droit en vigueur dans un pays donné, et de ce droit volontaire, y a des droits subjectifs qui découlent, le droit volontaire n'est qu'une partie du droit selon Grotius. Avant le droit volontaire, pour Grotius y a le droit naturel où il y a la même dualité que dans le droit volontaire, un aspect : règle, loi, principes qui découlent de la nature humaine (4 principes⁹); et puis correspondant à ces règles il y a découlant de ces règles, y a des droits subjectifs naturels qui sont indépendants, qui appartiennent à l'individu, et qui sont indépendants de toutes lois. Dans le droit privé, il faut se demander si art. 1 CO est applicable et dès lors, c'est des contrats, pas besoin de mettre en oeuvre le sens de la justice, selon Hobbes et Grotius. Ils ont un pb avec le droit dans la distribution d'Aristote, car là aucune procédure ne peut être imaginée.

Grotius comme Hobbes dit que c'est subjectifs et ça se comprend comme l'attitude de qn qui fait son testament est fait des legs à droite à gauche, c'est comme ça qu'on peut comprendre la justice distributive.