

# Introduction à l'étude du Droit

Cours de M Morand

More photocopiés HEI at <http://www.stoessel.ch/hei>

## 0.1 Avant-propos

Monsieur Morand, professeur en Droit (et pas en sciences sociales (ou science politique? peu importe la différence) ou les mots ne signifient rien), aimerait remarquer que:

- 1) il sait tout
- 2) nous ne savons rien
- 3) son cours n'en changera rien
- 4) il ne faut absolument pas s'asseoir dans le dernier tiers de la salle U600 (Dufour)

## 1 Introduction

### 1.1 Les sources de Droit

- sources du Droit étatique (droit formel): loi, coutumes, jurisprudence
- sources du Droit dans une vision plus vaste: aussi contrats

|   | <b>Loi<br/>(réglementation)</b>  | <b>Coutumes</b>  | <b>Contrats entre<br/>particuliers</b>  | <b>Jurisprudence</b>   |
|---|--|--|---|--|
| <b>Définition</b>                         | acte normatif,<br>unilatéral, général<br>et abstrait,<br>émanant du<br>législateur<br>ordinaire [1]  | Usage répété [2]<br>considéré comme<br>obligatoire,<br>sentiment qu'elles<br>sont obligatoires [3] | Accord entre deux<br>ou plusieurs<br>personnes [4] plus<br>lesquels il est<br>obligatoire | ens. des solutions<br>apportées par les<br>décisions de justice dans<br>l'application du Droit<br>lors d'un litige [5] |
| <b>Sujets/Objets</b>                      | acte unilatéral<br><br>général et abstraite  | <br><br>général et abstraite   | acte bi- ou<br>plurilatéral<br>≠ général, ≠<br>abstraite                                  | acte unilatéral<br><br>général et abstraite  |
| <b>Droit<br/>international<br/>public</b> |  | important (i.e.<br>décolonisation: ne<br>pas changer<br>frontières)                                | important source de<br>Droit: contrats entre<br>Etats souverains                          | n'existe pas   |
| <b>Droit interne</b>                      | grand importance<br>- base légal formel<br>- densité normatif<br>(précision)<br>- l'essentiel de la<br>législation doit<br>être dans des lois<br>formels | importance très<br>faible, rôle assez<br>limité  |   | importance assez grand<br>(croissant)  |

|          |    |    |    |
|----------|----|----|----|
| Priorité | 1) | 3) | 2) |
|----------|----|----|----|

## 1.2 Les Règles

| Règles primaires                   | Règles secondaires  |
|------------------------------------|---|
| s'adressent aux individus          | s'adressent aux autorités, à l'administration   |
| relatif au comportement individuel | relatif à la confection des règles primaires et à l'organisation de l'Etat, habilitation à faire des lois, contrats, etc. |
| infraction à sanction              | infraction à annulation ou nullation  |
| i.e. Droit pénal                   | i.e. Cst fédéral de l'Allemagne   |

### 1.2.1 Hiérarchie des normes et contrôles

- 1) Droit international public
- 2) Cst → constitutionnalité
- 3) lois fédérales → légalité et constitutionnalité <sup>[6]</sup>
- 4) lois cantonales

### 1.2.2 Légalité

- 1) suprématie
- 2) réserve de la loi formelle <sup>[7]</sup>
- 3) densité normatif

## 2 L'Etat

### 2.1 L'avènement de l'Etat moderne

- moyen âge: église, coutume, roi, marchands → multiples sources de Droit
- Machiavel, *Le prince* (1513/32): "Tous les *Etats* sont républiques ou principautés"
- concept de l'Etat (16/17<sup>e</sup>) résultant d'une *centralisation du pouvoir* et d'une notion de *souveraineté*
- è depuis révolution française, l'Etat est seule créateur et source de Droit
- è aujourd'hui, l'Etat devient moins important (sport, internet, ong)

#### 2.1.1 Principaux changements dans les modalités d'exercice du pouvoir

##### 2.1.1.1 Caractéristiques de la féodalité

- fractionné & personnalisé
- mélange pouvoir politique et économique
- mélange du pouvoir politique et religieux

##### 2.1.1.2 Centralisation du pouvoir (12<sup>e</sup> - 16<sup>e</sup>)

- F 17<sup>e</sup>: roi prends plus et plus de pouvoir politique (conquêtes, vassales, impôts) → monarchie absolue
- GB 17<sup>e</sup>: partager le pouvoir entre roi, nobles et peuple → monarchie constitutionnel
- centralisation juridique
- centralisation administratif
- centralisation pouvoir politique: idée de *territoire*

- apparition d'un pouvoir impersonnel ("le roi est mort - vive le roi")
- division religion - politique: pouvoir devient de plus en plus séculier

## 2.1.2 Rationalisation de cette transformation: le concept de souveraineté

### 2.1.2.1 Souveraineté absolue

- coutumier: collection de coutumes (7<sup>e</sup>): mot „souveraineté“ apparaît pour la 1<sup>e</sup> fois
- Jean Bodin (1530-1596) théoricien de souveraineté *Six livres de la république* (1576), perpétuelle et absolue à plénitude du pouvoir → légitime la monarchie absolue
- Thomas Hobbes (1588-1679): Individu doit renoncer à tous les Droits en échange pour sécurité donnée par l'Etat → légitime aussi monarchie absolue
- ↳ l'Etat (roi) n'est pas lié par ces lois

### 2.1.2.2 Souveraineté relative

- limites par "*Droit naturelle*" défini par Hugo Grotius (1583-1645) comme au-dessus du Droit, Droits qui précèdent la culture
- *auto-limitation* (Jellinek, 1851-1911), l'Etat se limite soi-même (i.e. en concluant des traités), transmission de quelques compétences
- limité par *Droit International Public*
- ↳ l'Etat est lié par ces lois

## 2.2 Caractéristiques juridiques de L'Etat

- 1<sup>e</sup> source Droit international public: coutume
- Droit international reconnaît que des faits
- Pop & Ter & Gou = Collectivité public
- Pop & Ter & Gou & Sou = Etat

### 2.2.1 Population

- s'il n'y a pas une population assez nombreuse: pas d'indépendance, pas d'Etat

### 2.2.2 Territoire

- décisif pour survie de L'Etat
- perte totale du territoire - Etat disparaît après un certain temps
- territorialité: Droit d'un pays est limité sur son territoire

### 2.2.3 Gouvernement

- totalité exerçant un pouvoir politique effectif
- certain degré de centralisation
- pas besoin de reconnaissance pour que l'Etat persiste

### 2.2.4 Souveraineté

- caractère suprême du pouvoir → *indépendance* par rapport aux autres Etats
- plénitude potentielle des compétences, seulement une entité de compétence à critère décisif: entité qui peut s'étendre sa compétence au détriment de l'autre sans son accord
- CH: depuis 1848 plus une *confédération*, mais un *Etat fédéral* (*majorité* de peuple et cantons ↔ UE: unanimité des Etats souverains), cantons ont compétence principale, mais ne sont pas souverains (*Art 3*)

Cst)

è plus de double-souveraineté

## 2.3 La formation de l'Etat

### 2.3.1 Modes

#### 2.3.1.1 Intégration

- confédération → Etat fédérale (i.e. USA 1789)
- contrat

#### 2.3.1.2 Désintégration

- Etat fédérale → plusieurs Etats (i.e. Ex-Yugoslavie, USSR)
- gouvernement central perd le contrôle permanentement

#### 2.3.1.3 (occupation militaire d'un territoire sans maître)

### 2.3.2 Faible rôle du Droit

- 1) effectivité, 2) reconnaissance (celle-ci est seulement déclarative, pas constitutive)
- pas de jugement morale

## 2.4 Etats et groupements de l'Etat

### 2.4.1 Groupement d'Etats

#### 2.4.1.1 Organisations internationales

- crée par traité internationale
- sujet: Etat (organisations gouvernementales)
- personnalité distinguée de l'Etat (pas d'exécutif)
- pas de pouvoir législatif pour l'ensemble des Etats („soft law“: résolutions,...)

#### 2.4.1.2 Organisations supranationales

- transfert d'un certain nombre de compétences dans un certain nombre de domaines, mais pas plénitude potentiel des compétences
- *confédération des Etats*: pop & ter & gouv, ≠ sou, pour étendre compétences il faut unanimité
- *groupement d'intégration économique* (i.e. UE): organes commun (conseils de ministres), parlement européen), exécutif, mode de décision: unanimité

### 2.4.2 Différences entre organisations supranationales, internationales et l'Etat

- problème de double-représentation dans UE (i.e. GATT, négociations)

| Etat                          | Organisation supranationale | Organisation internationale |
|-------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| personnes <a href="#">[8]</a> | Etats                       | Etats                       |

|  |   |   |
|--|---|---|
| Souveraineté: Plénitude potentiel des compétences        | Délégation de certain compétences dans certaines domaines, en gardant la souveraineté | Ni souveraineté ni délégation des compétences |
| Pour étendre compétences il ne faut pas unanimité        | Pour étendre <i>compétences</i> il faut unanimité                                     | ni souveraineté ni vrais compétences          |
| décision par majorité                                    | décision par majorité   |   |
| Pouvoir législatif autonome                              | Pouvoir législatif autonome, indépendant des Etats                                    | Pas de pouvoir législatif autonome            |
| applicabilité directe aux personnes                      | applicabilité directe aux Etats et aux personnes                                      | pas d'applicabilité directe                   |
| sanctions, force   | sanctions   | „soft law“ (i.e. résolutions)                 |
| adhésion de CH: invasion (il faut être de bonne humeur!) | adhésion de CH: référendum obligatoire  | adhésion CH: référendum facultatif            |
| i.e. CH, îles de Fidschi                                 | i.e. OTAN   | i.e. UNESCO                                   |

- UE <sup>[9]</sup>: 2 types de „lois“: 1) directives → Etats, 2) règlements → individus

- EEE: Etait-il vraiment organisation supranationale? <sup>[10]</sup>

## 2.5 La remise en cause de l'organisation du monde en Etats souverains <sup>[11]</sup> juxtaposés

### 2.5.1 Supranationalité

- construction de solidarité qui dépasse cadre des Etats, but: éviter conflits entre Etats souverains
- partage de pouvoir entre Etat et organisations (problème: stabilité)

### 2.5.2 Régionalisation

- forme d'organisation souple qui s'organise indépendamment des frontières nationaux
- recréer solidarité au-dessus des frontières

### 2.5.3 Transnationalité (NGOs)

- groupements des individus transcendant des frontières
- droit autonome qui se déroule sans Etats, mais ils sont soumises au Droit national des pays
- échapper les tutelles étatiques
- i.e. sport, internet, amnesty international

## 2.6 Formes de l'Etat

### 2.6.1 Etat unitaire (i.e. F)

- prolongation de processus de centralisation
- 3 unités: 1 organe centrale, 1 seul appareil politique, 1 seul territoire national (réalisable dans cette

forme extrême que dans des très petits pays)

- déconcentration: autorités locaux *désignées par l'autorité fédérales* (i.e. préfet 1982 F), tout en restant un Etat unitaire

## **2.6.2 Etat fédérale (i.e. CH, D)**

- répartition durable entre *autorité centrale* et *unités autonomes* (qu'on appelle souvent "Etats")

### **2.6.2.1 Garanties d'autonomie des entités fédérées**

- 1) garantie d'existence
- 2) garantie d'autonomie d'organisation
- 3) garantie de compétences législatif propre (répartition est extrêmement variable selon pays)
- 4) garantie des compétences financiers (CH: certain montant d'impôt → cantons)

### **2.6.2.2 Participation aux décisions fédérales**

- 1) P. à la constitution des organes fédéraux (CH: conseil d'Etat, participation directement ou indirectement aux élections des autorités fédérales)
- 2) P. à la révision de la Cst (majorité des cantons, Art 23 Cst)

### **2.6.2.3 Participation à la formation des lois**

- CH: consultation obligatoire des cantons
- D: "Zustimmungsgesetze"

### **2.6.2.4 Participation à l'exécution des lois**

- CH: en principe cantons organes d'exécution
- Can: en principe Etat fédéral organe d'exécution

## **2.6.3 Etat unitaire décentralisé (i.e. It, Esp)**

- tendance actuelle: Etat unitaire & Etat fédéral se rejoignent → décentralisation
- création de nouvelles collectivités publiques, transfert de compétences (typiquement administratif)
- grande autonomie des régions sans qu'elle soit aussi grande que dans les Etats fédérales (i.e. pas de compétences financières), toujours 1 seul Droit (↔ Etat fédéral)
- pas de garantie d'existence, participation au niveau fédéral minime, pas de pouvoir législatif

**[12]**

## **3 Aperçu sur le Droit suisse**

### **3.1 Droit interne: Droit public**

#### **3.1.1.1 Introduction**

- Droit public: rapport avec l'Etat, rapport entre gouvernement et gouvernés, l'Etat agit par ses organes (TF, CF, ens. des cantons, AF)
- Droit privé: relations entre particuliers
- DIP: relations entre Etats
- conflits particulier - Etat (i.e. refus d'autorisation de construire) → tribunal administratif
- conflits particulier - particulier → tribunal civil

### 3.1.1.2 Droit privé - droit public: critères de distinction

1<sup>e</sup> possibilité: intérêt public

2<sup>e</sup> possibilité: Droit unilatéral de l'Etat (subordination, contrainte)

### 3.1.2 Droit Constitutionnel

- Droits des individus (généralement) en texte écrit

(- grandes principes d'organisation de l'Etat (ne s'adresse souvent pas au particuliers): compétences)

- quasi-totalité des Etats (sauf GB) a une Cst avec Droits

- coutume constitutionnel non-écrit (i.e. gouvernement résigne s'il n'y a plus de base dans législative)

è grandes principes d'orientation, pas de détails

#### 3.1.2.1 Evolution historique

- idée d'établir une charte fondamentale: Montesquieu, Hobbes, Rousseau

- 1776: Cst américaine (Cst of Virginia)

- 1789: déclaration des Droits de l'homme (F)

- 1848: Cst fédérale (CH)

#### 3.1.2.2 Cst au sens formel/matériel

- *formel*: unilatérale, supérieur du loi → procédure de révision plus lourde & compliqué que pour loi normale (i.e. USA 2/3 Congress, 3/4 States)

- *matériel*: détermine la forme de l'Etat, crée les institutions, Droits fondamentaux des individus (GB: pas de Cst au sens formel (actes orales, textes réunissant des coutumes), mais au sens matériel)

#### 3.1.2.3 Contenu de la Cst Suisse

- date de 1874

- *institutionnelle*:

- désignation des institutions fédérales

- répartition des compétences des autorités (fédérale - cantons)

- exclusif (i.e. défense, relations externes)

- concurrent (i.e. aménagement du territoire)

- parallèle (i.e. impôt)

- indication sur la procédure des lois

- *Droits et libertés fondamentaux* (= Droit constitutionnel):

- *Droits de l'individu* (liberté d'expression (non-écrit), religieuse, personnel (déplacer, etc.), association, propriété, commerce & industrie à 1<sup>e</sup> génération

- *Droits sociaux*: Droits constitutionnels garantissant prestations de l'Etat (i.e. minimum vital) CH pas de grandes Droits sociaux dans Cst à 2<sup>e</sup> génération

- convention européen des Droits de l'homme exige comportement de l'Etat: a) pas d'inégalité, b) pas être arbitraire

- toutes les libertés peuvent être restreintes s'il y a) base légale, b) intérêt publique, c) proportionnalité

[\[13\]](#)

#### 3.1.2.4 Droits constitutionnels non-écrit (arrêt de Ostermündingen)

- effet: retirer la décision cantonale, droit au minimum vital doit être reconnu comme droit Cst non-écrit

- conditions:

- 1a) nécessaire pour exercice autre Droit constitutionnel
- 1b) indispensable pour ordre démocratique fondé sur le Droit
- 2) *correspond au réalité cantonale (Cst) largement répandue*
- 3) consensus générale
- 4) *l'affaire soit justiciable*

è condition 2) était *renoncé*, condition 4) *ajouté*

- Droits constitutionnels non-écrits: liberté d'expression, liberté personnelle, liberté de la langue, liberté de réunion, *droit au minimum vital*

### 3.1.2.5 Droit constitutionnel et régimes politiques

| Pays                          | Autorité            | Elu par.. | Compétences par rapport à d'autres autorités <i>quant à leur existence</i> | Remarques           |
|-------------------------------|---------------------|-----------|--|---------------------|
| <b>GB</b><br>parl.            | roi                 | Dieu      | pas de compétences matériel  | exécutif bicéphale  |
|                               | gouvernement        | parlement | dissolution parlement  |                     |
|                               | parlement           | peuple    | vote de défiance   |                     |
| <b>USA</b><br>pres.           | President           | peuple    | indépendance du Congress   | exécutif monosépale |
|                               | Congress            | peuple    | indépendance du President  |                     |
| <b>F</b><br>½ parl.<br>½ pres | président           | peuple    | indépendance du gouvernement<br>dissolution gouvernement                   | exécutif bicéphale  |
|                               | gouvernement        | parlement | dépendance du président <a href="#">[14]</a>                               |                     |
|                               | assemblée nationale | peuple    | vote de défiance   |                     |
| <b>CH</b><br>concor-<br>dence | Conseil Fédéral     | parlement | indépendance du parlement  | exécutif monocéphal |
|                               | assemblée nationale | peuple    | indépendance du CF   |                     |

### 3.1.2.6 Contrôle du respect de la Cst

- CH: TF ne peut pas contrôler la Constitutionnalité des lois fédérales (mais des lois cantonales), il peut seulement appliquer les lois fédérales

- D: contrôle *abstrait/préventif* (avant la loi entre en vigueur)

- USA: contrôle *restrictif/concret* (dans un cas particulier, Madison - Maverick)

- nouveau projet de révision de la Cst prévoit seulement deux changements de contenu:

1) Constitutionnalité des lois fédérales pourrait être contrôlée avant que les lois soient appliquées (contrôle *préventif/abstrait*, comme F), centralisation des décisions

2) petits changements dans Droits populaires (signatures)

en outre, cette révision essaie d'intégrer la Cst au sens matériel dans une Cst au sens formel et évacuer tout ce qui n'est pas matériel

### 3.1.3 Droit administratif

#### 3.1.3.1 Définition

- ensemble des normes qui portent sur l'organisation de l'administration et sur les rapports entre administration et administrés

- Droit administratif peut imposer son volonté (subordination) → unilatérale (i.e. refus de Droit de



construire)

### 3.1.3.2 Les grands traits

- Croissance énorme des tâches étatiques Etat libéral (ordre public) → *Etat de providence* (i.e. école, chemin de fer, chômage) → *Etat de prestation* (i.e. santé) → *Etat propulsif* (i.e. chômage)
- Même si la liberté économique est garantie par la Cst, le TF a, petit à petit, admit que L'Etat intervienne

### 3.1.3.3 Les grands secteurs

- droit économique, droit de police, droit fiscal, droit des assurances sociales, aménagement du territoire, protection de l'environnement

### 3.1.3.4 Aménagement du territoire

- urbanisation année 30 → mesures cantonales (ne pas construire n'importe quoi n'importe où)
- 1969 Cst propriété est garanti (Art 22<sup>ter</sup> Art 22<sup>quater</sup>: compétences concurrentes (féd: grandes principes, can: cristalliser principes)

### 3.1.3.5 Protection de l'environnement

- début siècle: protection forêts → protection des eaux → protection du paysage → contre pollution de l'air, bruits
- 1971: art Cst environnement
- 1983: lois & ordonnances adopté, taxe d'orientation, valeur de limite de pollution de l'air, étude d'impact sur l'environnement (constructions nouveaux), valeur de limite d'immission (i.e. dans arbres)
- Mesures: limites d'émission (E. libéral), taxes d'orientation (E. propulsif), marchandises de bon de pollution (E. réflexif), étude impact environnemental (E. réflexif)

### 3.1.3.6 Les grands principes

- 1) base légale pour chaque décision
- 2) proportionnalité (adéquat au but, nécessaire, subsidiarité, contre le perturbateur)
- 3) intérêt public

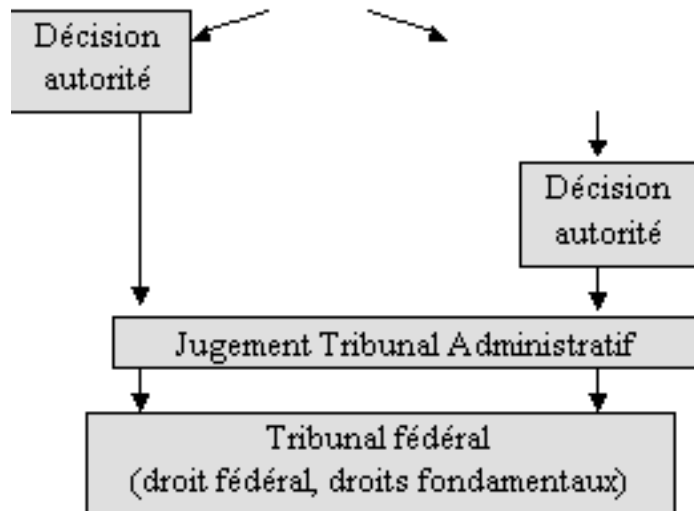
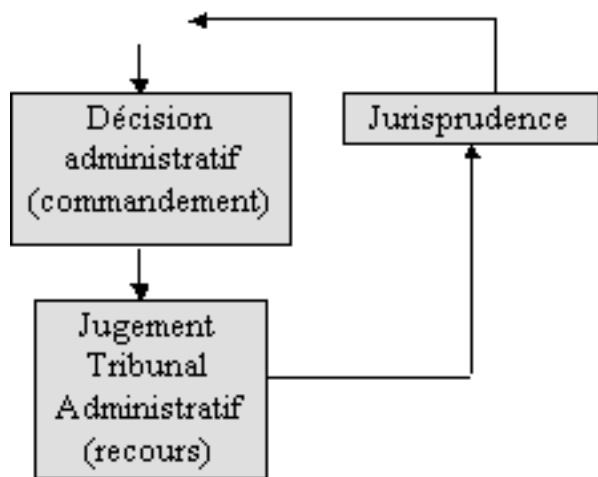
### 3.1.3.7

Contrat autorité -  
particulier  
(i.e. concession)

Loi

Loi

**Structure/Contrôle**



## 3.2 Droit interne: Droit privé

### 3.2.1 Définition

- ensemble des règles de Droit qui concerne les rapports des particuliers entre eux  
 è égalité, non-subordonatoin

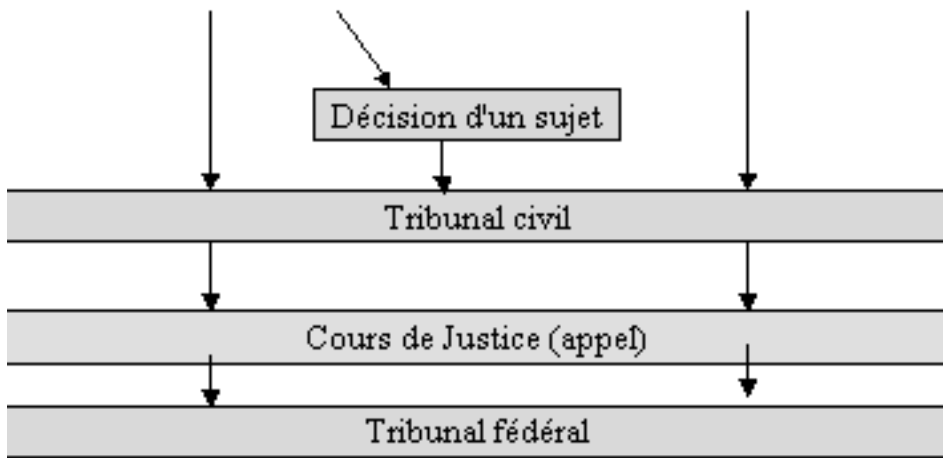
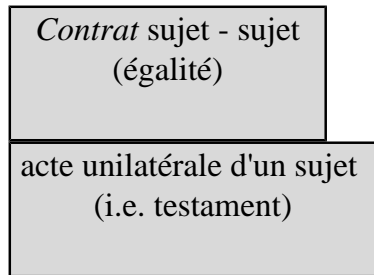
### 3.2.2 Secteurs

- Code civil 1907 (i.e. droit de la famille, droit de la propriété)
  - droit de la famille (mariage, divorce, etc.)
  - droit de testament
  - droit réel (rapport avec des choses)
- Code des obligations (CO) 1911
  - 1) responsabilité contractuelle
  - 2) responsabilité délictuel:
    - 1) acte illicite
    - 2) dommages
    - 3) relation de causalité
    - 4) responsabilité
  - 3) enrichissement illicite
- Droit commercial
- Droit international privé: relations entre personnes, ≠ Droit interétatique

### 3.2.3 Grands traits

- Droit *codifié*: texte légal exhaustif réunissant les normes d'un domaine du Droit dans un ensemble clair, cohérent, logique et systématique
- CH: Codes civils cantonaux → unifié 1848 → *code civil 1907 / Droit des obligations 1911*
- raisonnement *conditionné*: si qc se passe (i.e. contrat) → telles conséquences (i.e. exécution du contrat)
- les règles disent ce qu'on doit faire comme particulier et ce que l'autorité doit faire quand un particulier ne respect pas le contrat

Loi



### 3.3 Droit interne: Droit pénal

#### 3.3.1 Définition

Branche du Droit ayant pour objet traditionnel l'expiation (seulement chez Morand), la prévention générale (dissuasion) et spéciale

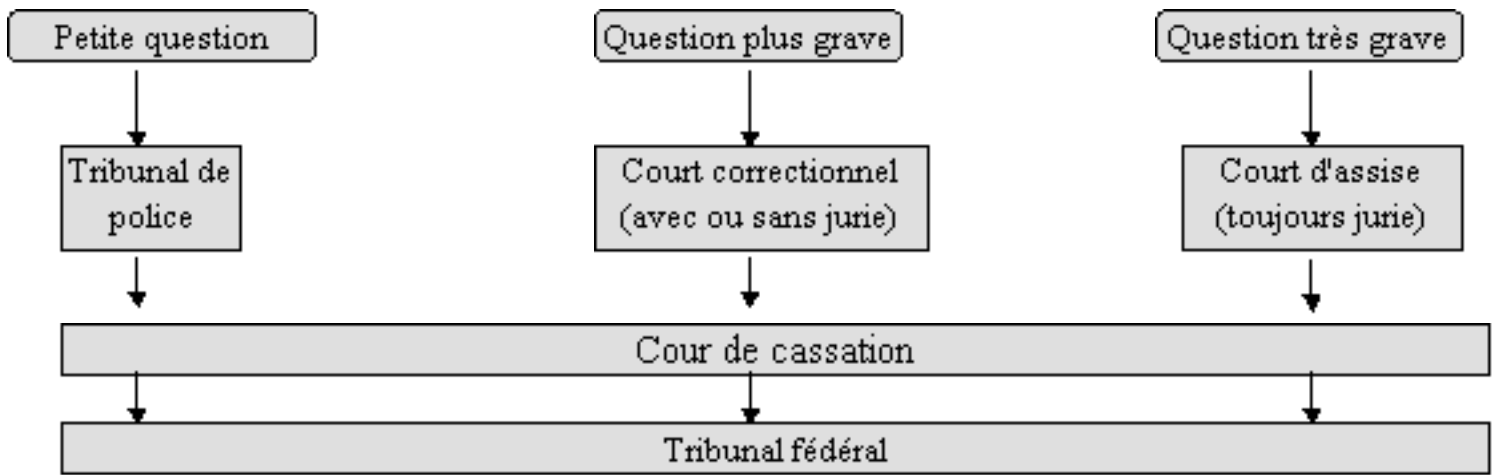
#### 3.3.2 Secteurs

- Droit pénal général → Code Pénal Suisse (CPS) 1937
- Droit pénal administratif
- Droit pénal militaire

#### 3.3.3 Grands traits

- code écrit (& certaine précision dans texte)
- Droit conditionnel (Si..., alors...) avec certain marge d'appréciation laissé au juge
- exigence stricte de légalité (pas de coutumes): pas de délit, pas de peine (Art. 1 CPS)
- application stricte (M pas d'analogie)
- interdiction de rétroactivité

#### 3.3.4 Contrôle



### 3.4 Droit international public

- Droit inter-étatique
- principe (coutume): respect des traités qu'on a signé
- territorialité ↔ situation actuelle USA (i.e. Iran, Cuba)

#### 3.4.1 Définition

- Droit ayant pour objet le règlement de relations entre plusieurs Etats

#### 3.4.2 Sujets

- actif: 1) Etats, 2) organisations internationales
- passif: 1) Etats, 2) organisations internationales, 3) individus (i.e. Droit de l'homme, crime de guerre)

#### 3.4.3 Secteurs

- le Droit de coexistence des Etats: relations diplomatiques
  - responsabilité des Etats pour des actes illicites
  - dispositions sur frontières
  - formation et succession des Etats
- le Droit de coopération entre des Etats:
  - d. de communication
  - d. de travail, commerce
  - Droit de l'homme
    - d. pénal international (tribunaux internationaux: i.e. Bosnie)
- d. int. de l'environnement, d. int. du développement

#### 3.4.4 Grands traits

- structure horizontale ressemble Droit privé: égalité (formelle) entre Etats
- Droit décentralisé
- interdiction du recours à la force pour régler des conflits internationaux (charte ONU, Art. 2) sauf pour défense légitime & sanctions contre un Etat (décision du conseil de sécurité suite à une violation du Droit international)

#### 3.4.5 Contrôles

- pas d'instance permanent qui est contraignant, Etats doivent être d'accord

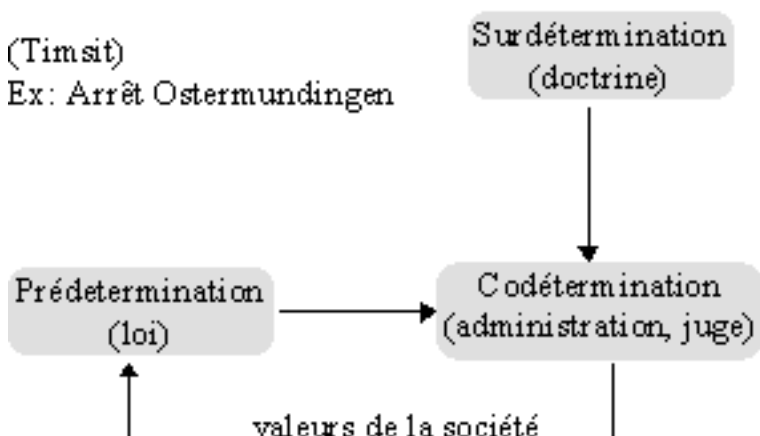
### 3.5 Annexe: Panorama du Droit

|                         | <b>Droit constitutionnel</b>  | <b>Droit administratif</b>  | <b>Droit privé</b>  | <b>Droit pénal</b>   | <b>Droit International Public</b>  |
|-------------------------|---|---|---|--|--|
| <b>Définition</b>       | Droit des individus (généralement) en texte écrit, organisation de l'Etat | Droit ayant pour objet les relations entre administrant et administré et l'organisation de l'Etat   | Droit ayant pour objet les relations entre des particuliers   | Droit ayant pour objet l'expiation, la prévention générale et spéciale   | Droit ayant pour objet les relations entre Etats, auxquelles on ajoute aujourd'hui les organisations internationales et supranationales  |
| <b>Structure</b>        | ni horizontal ni vertical   | vertical  | horizontal  | ni horizontal ni vertical  | vertical   |
| <b>Caractéristiques</b> | grandes principes, pas de détails (sauf Cst CH)                           | stricte exigence de légalité<br>principes<br>base légal<br>intérêt public<br>proportionnalité   | conditionnel<br>codifié<br>très peu est réglé   | stricte exigence de légalité (& précision)<br>conditionnel<br>codifié<br>M pas de rétroactivité<br>application stricte | égalité formelle<br>interdiction du recours à la force   |
| <b>Secteurs</b>         | institutionnel<br>libertés<br>fondamentales                               | aménagement du territoire<br>protection de l'environnement<br>droit de l'économie<br>droit fiscal<br>droit de police<br>droit des assurances sociales | code civil<br>droit de la famille<br>droit de la propriété<br>...<br>droit des obligations<br>contrats<br>réponsabilité délictuel<br>...<br>échanges économiques<br>droit international privé | droit pénal général<br>droit pénal administratif<br>droit pénal militaire  | droit de coexistence<br>relations diplomatiques<br>actes illicites frontières<br>...<br>droit de coopération<br>communication<br>travail<br>commerce<br>droits de l'homme<br>tribunaux internationaux<br>... |

|                 |  |                        |                                      |  |   |
|-----------------|--|------------------------|--------------------------------------|--|---|
| <b>Contrôle</b> |  | Tribunal administratif | Tribunal civil                       | Tribunal de police/Cours correctionnel/<br>Cours d'assises<br>Cours de cassation<br>Tribunal fédéral | pas de contrôle permanent qui est obligatoire |
|                 | Tribunal fédéral<br><a href="#">[15]</a> | Tribunal fédéral       | Cours de Justice<br>Tribunal fédéral |  |   |

## 4 Interprétation et application du Droit

### 4.1 Introduction



- *interprétation* = l'ensemble des procès méthodologiques et/ou axiologiques par lesquels l'interprète établit, dans un cas particulier / situation déterminée, le sens de la loi ou des dispositions légales applicables

- - spécifié de la communication législative:

- c. unilatérale et anonyme
- à distance
- à tout public

- pas instantanée (- 20 année jusque la loi entre en vigueur)

- syllogisme juridique:

| Procédure      | Raisonnement                    | Origine     | Quoi?                        | Conditions / conséquences    | droit / fait | i.e.      |
|----------------|---------------------------------|-------------|------------------------------|------------------------------|--------------|-----------|
| Interprétation | majeur <a href="#">[16]</a>     | Législateur | Norme générale               | cond / cons                  | droit        | si, alors |
| Application    | mineur <a href="#">[17]</a>     | Juge        | Situation concrète           | verif. cond.                 | fait         | or        |
| Application    | conclusion <a href="#">[18]</a> | Juge        | Solution: Norme individuelle | application des cons. au cas | droit        | donc      |

### 4.2 Les 5 méthodes d'interprétation

#### 4.2.1 Interprétation littéraire

lettre du texte: mots, phrases, ponctues, F-I-D

#### 4.2.2 Interprétation contextuel/systématique

relations avec autres lois et textes juridiques <sup>[19]</sup>

#### 4.2.3 Interprétation historique/subjective

- Que voulait dire le législateur?
- Messages CF, débats, travaux préparatoires)

#### 4.2.4 Interprétation contemporain/objective

- buts, besoins sociaux d'aujourd'hui

#### 4.2.5 Interprétation en fonction des effets

(i.e. influence sur les finances publics)

### 4.3 Le rôle du juge

- Historiquement (Montesquieu) le rôle du juge (indépendant du gouvernement et du parlement), était d'*appliquer* les lois à interprétation littérale et historique
- Aujourd'hui, le juge a des pouvoir considérable: décider le sens définitive des lois pas très claires, pouvoir législatif (remis en question; gouvernement des juges)
- le juge choisit une méthode d'interprétation (i.e. „tous les Suisses doivent faire du service militaire“ à il applique méthode historique, pas littéral <sup>[20]</sup>)
- courants actuels:
  - courant herméneutique: dialogue entre texte et interprète (le texte n'est pas devant, mais derrière l'interprétation)
  - sens dans un certain contexte social et actuel
  - courant américain, „déconstructionnisme“ → texte rien sans interprétation (Fish, Rory, Timsit)
- è le juge fait de la *jurisprudence*

### 4.4 Manières d'interprétation: extensive/restrictive

- *extensive* (a pari, a foriori): arguments analogique, situations semblables traité de même manière, i.e. liberté de presse → liberté d'expression
- *restrictive* (a contrario): situations semblables pas traité de même manière, i.e. ne pas payer loyer → délit - autre dettes → pas de délit

### 4.5 Application du Droit

#### 4.5.1 Règles fixes - principes et leur applications

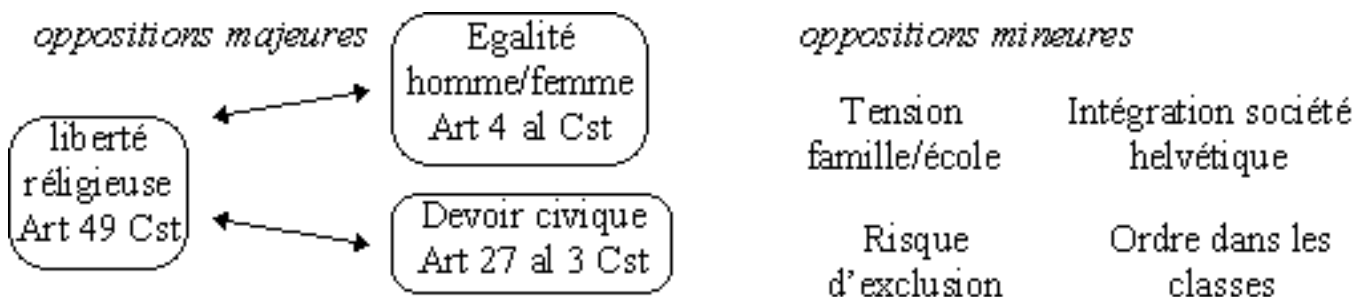
| Règles fixes                                    | Principes                                |
|---|--|
| ce qui <i>doit être</i>                         | simple orientation                       |
| absolu (tout ou rien)                           | relatif                                  |
| règles contradictoires ne peuvent pas subsister | règles contradictoires peuvent subsister |

|   |   |
|---|---|
| <i>sylogisme juridique</i> (pesée intérêt a été fait)<br>- hiérarchie: <i>plus haut</i> → plus bas<br>- temporalité: <i>plus récent</i> → plus vieux<br>- spécifié: <i>plus spéciale</i> → plus générale<br>⇒ décision prévisible | <i>pesée intérêt:</i><br>- prendre tous les intérêts en considération<br>- pondérer et comparer (poids) les intérêts<br>- faire <i>pesée intérêt</i> globalement<br>⇒ décision imprévisible |
| i.e. tout les Suisses 18+ ont Droits civils   | i.e. Droits Cstnel, aménagement du territoire   |

- pourquoi principes:
  - intégrer plusieurs valeurs
  - difficile pour prévoir l'avenir
  - caractère spécifique du sujet, individualisation
  - parce que dans certains cas des règles fixes sont impossibles
- difficultés: incompatibilité des valeurs, *imprévisibilité*

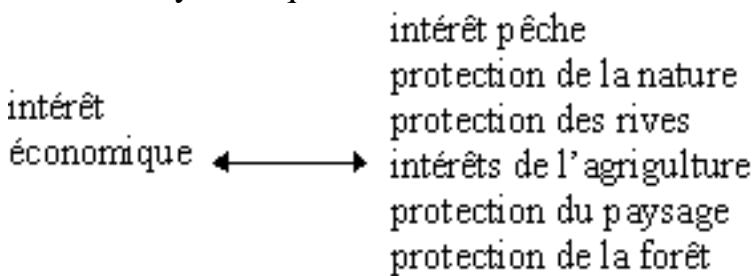
#### 4.5.2 Application des principes: l'arrêt de Piscine (Doc. 23)

- une jeune fille musulmane ne veut pas nager avec ses camarades masculins, parce que la religion islamique l'interdit; le Conseil d'Etat du canton Zurich a refusé le recours; le TF l'a admis



#### 4.5.3 Arrêt Müstair (doc 21)

des organisations pour la protection de l'environnement ont fait recours de droit administratif contre une usine hydraulique; de TF a refusé le recours



pesée d'intérêt: incomparabilité des valeurs

#### 4.5.4 Régler les contradictions

- basé sur textes de lois
- hiérarchie: d. international - d. fédéral - d. cantonal
- temps: loi plus récente - loi plus ancienne
- règles spéciales - règles générales

### 5 Structure du Droit dans l'évolution

- l'Etat du Droit a eu (et a toujours) plusieurs visages dans l'évolution (visages selon Morand: 1<sup>e</sup> Etat libéral, 2<sup>e</sup> Etat de prestation, 3<sup>e</sup> Etat propulsif/interventionniste, 4<sup>e</sup> Etat réflexif, 5<sup>e</sup> Etat incitateur)



## 5.1 Digression: conférence sur les transformations de l'Etat et du Droit

|                           | Etat de Droit  | Etat de providence (prestation)  | Etat de réseau  |
|---------------------------|--|--|---|
| <b>Origine</b>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>- déclaration d'indépendance américaine 1776</li> <li>- révolution française 1789</li> <li>- entrée en vigueur code civil français 1804</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- premiers assurances sociales fin 19<sup>e</sup> / début 20<sup>e</sup> (Bismarck)</li> <li>- étude Beveridge GB</li> <li>- pauvreté</li> <li>- prolongeant l'Etat de Droit</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- premier choc pétrolier 1974 → fragilité de l'économie</li> <li>- implosion du système communiste 1989 → victoire du système de l'économie de marché</li> </ul>   |
| <b>Acteurs principaux</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- la Nation (peuple souverain)</li> <li>- pouvoir seulement par délégation et pas permanentement</li> <li>- pouvoir limité (séparation des pouvoirs)</li> <li>- privilèges du <i>législateur</i> par rapport aux autres pouvoirs, jurisprudence „bouche de la loi“ [22]</li> <li>- Etat (public) - individus (privé)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>l'exécutif</i> (administration, bureaucratie) est privilégié</li> <li>- séparation des pouvoirs brouillé → aussi administration fait des „lois“, directives</li> <li>- syndicats</li> <li>- partis politiques</li> <li>- séparation Etat - individus brouillé</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>juges</i>, courts Cstels, court de Droit de l'homme → jurisprudence rôle importante (leg. &amp; ex. existent toujours!)</li> <li>- pluralisme de l'Etat juridique: 1) supranationalité (Bruxelles, Strasbourg), 2) loi privée économique (entreprises supranationales, associations comme AI, CICR), 3) fédéralisation</li> </ul> |
| <b>Libertés</b>           | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 1<sup>e</sup> ordre (non-intervention de l'Etat): l. d'expression, de religion, de réunion, etc.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 2<sup>e</sup> ordre (Droits sociaux, intervention de l'Etat): Droit de logement, travail, etc.</li> <li>- tension 1<sup>e</sup> ordre - 2<sup>e</sup> ordre</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 3<sup>e</sup> ordre: Droit de l'assistance de développement, paix, etc.</li> </ul>   |
| <b>Démocratie</b>         | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Egalité formel (devant impôt, la justice, etc.): non-privilegation</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- démocratie sociale, redistribution (fiscal, budget, sécurité sociale)</li> <li>- un homme/femme - une vote</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- déficit démocratique à cause de la mondialisation (i.e. directrices IMF, EU)</li> <li>- d. médiatique (émotionnel)</li> <li>- nouvelle culture citoyenne</li> <li>- culture internet</li> </ul>  |
| <b>Economie</b>           | <ul style="list-style-type: none"> <li>- é. marchande, industriel, capitaliste</li> <li>- Etat donne règles de jeu („laisser faire“)</li> <li>- principe de libre volonté</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- intervention dans l'é. pour compenser certains inégalités: é. sociale (mixte), tout en gardant le système capitaliste</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- mondialisation</li> <li>- vers e. virtuelle, financier plutôt que industriel</li> <li>- perte de maîtrise de l'Etat-nation</li> <li>- e. partiellement criminelle</li> </ul>   |
| <b>Sociale</b>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>- déclin de la noblesse et du clergé</li> <li>- bourgeoisie [23] &amp; prolétariat ouvrier &amp; urbain</li> <li>- colonisation</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- réduction prolétariat</li> <li>- décolonisation</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- fracture sociale: exclusion durable de certains groupes</li> <li>- dualisation → modèle salariat remis en question</li> </ul>  |

|                |   |  |  |
|----------------|---|--|--|
| <b>Valeurs</b> | - progrès par histoire & raison<br>- égalité formel | - solidarité (mais assez anonyme, froide)<br>- vers égalité matériel | - post-modernité, confusion de valeurs<br>- plus de grandes idéologies<br>- fondamentalisme? |
|----------------|---|--|--|

## 5.2 L'Etat libéral <sup>[24]</sup>

### 5.2.1 Introduction

- système construit dans révolution française → plus d'arbitrage & coutumes
- 3 divisions: église - Etat, sphère privé (économique) - sphère public, division des pouvoirs
- nouveau: les commandements doivent être supportable (↔ Etat de police):
  - 1) base légale générale et abstrait (Etat de Droit)
  - 2) Le gouvernement doit se conformer au Droit (↔ monarchie absolue)
  - 3) L'Etat agit que par des lois (↔ Etat propulsif: programmes finalisés)
- Système de Cosmos (Hayek), organisation d'une manière spontanée
- Moyens: libertés 1<sup>e</sup> génération, économie peut se développer librement au sein des forces du marché

### 5.2.2 Droit conçu sur le base de la division d. public - d. privé

- division important, mais pas facile
- critère de division 1:
  - pouvoir de commander = relation verticale = d. public
  - contrats = relation horizontale = d. privé
  - M: d. international public: pas de structure verticale, quand-même droit public
- critère de division 2: d. constitutionnel = d. public
  - M: aussi rôle des institutions

### 5.2.3 Droit public contraignant

- d. par sanction, force (monopole de l'Etat de la violence légitime)
- „conventions que de mots“ (Hobbes)
- M: aussi autres types de règles comme testament

### 5.2.4 Droit strictement confié

- action de l'Etat limité, il intervient que pour l'ordre public
- il faut une base légale, intérêt public & proportionnalité pour restreindre les libertés individuelles

### 5.2.5 Droit crée selon le principe de la séparation des pouvoirs

- Montesquieu, *esprit des lois*: tout homme qui a de pouvoir va jusqu'il trouve des limites → seul le pouvoir peut arrêter le pouvoir
- 3 organes indépendants avec 3 fonctions (principe *politique*, non *juridique*):
  - 1) législatif (élu)
  - 2) exécutif (pas nécessairement élu, i.e. monarchie)
  - 3) pouvoir judiciaire (tribunaux)
- on a radicalisé Montesquieu (ceci ne correspondait pas à la réalité anglaise (i.e. veto du roi sur des lois))

- juge presque nul: „bouche de la loi“ → que l'application par syllogisme
- en réalité division n'est pas totalement possible: gouvernement crée aussi des normes, coopération lég.
- exé. en créant des nouvelles lois, codétermination du juge

### 5.2.6 Droit général et abstrait

- s'applique à tout et un nombre illimité de fois (CC, CP)
- règles impersonnelles
- è prévisibilité
- è égalité formelle

### 5.2.7 Droit sans finalités particulières

- la seule finalité particulière est d'être libéral

### 5.2.8 Droit hiérarchisé

- „Stufenbauthéorie“ (Kelsen): chaque acte doit trouver sa base légale dans un acte supérieur
- Cst à loi à ordonnances

### 5.2.9 Droit permanent

- Règles générales qui existent parfois 100 - 200 ans ↔ interventionnisme (règle parfois pour 6 mois)

### 5.2.10 Droit autonome

- autonomie matériel: indépendant d'une religion, d'une morale, etc. (↔ Droit islamique) → laïcisation
- autonomie méthodologique: méthode juridique pour *interprétation* (*confection* des lois chose politique)
- *syllogisme juridique*, intervention du 19<sup>e</sup>
- difficile de créer Droit complètement autonome

### 5.2.11 Droit systématisé

- Napoléon: CC - CP - CDP → idée du *code*: structure logique, réunir la totalité des lois
- Projet révision Cst veut mettre en ordre la Cst Suisse
- Parfois déstructuration par jurisprudence (interprétation) à difficile de réintégrer dans la législation

[25]

## 5.3 L'Etat de providence

- Droit pour fourniture de prestations et des services publics
- buts: plus de justice sociale, plus d'égalité (matérielle) entre les sujets
- l'administration fait de plus en plus des lois

### 5.3.1 Le régime de l'activité de prestation

- Déclaration des Droits de l'homme pour ceux qui sont „hors d'Etat“, donner *subsistance*, et non seulement protection contre Etat
- Cst: école public gratuite, transport public, assurances sociales
- Idées nouvelles:
  - 1) gestion
  - 2) collaboration Etat - société civil (↔ Etat libéral)

### 5.3.2 Les exigences de légalité

- contrôles de *Constitutionnalité* et *légalité*
- stricte exigence de base légale formelle quand il s'agit de restrictions de liberté
- dans le cas des subventions, plus souple, TF a clarifié: refuser une prestation peut être aussi grave que restrictions de liberté
- „New Public Management“ - gestion inspirée par secteur privé

### 5.3.3 Vers une égalité matérielle

- Légitimité de faire différenciation (i.e. donner avantages aux femmes)
- égalité formelle: règles générales & abstraites ↔ égalité matérielle: règles spécifiques pour certaines personnes
- conséquences:
  - restreindre la liberté individuelle
  - base légale, notamment pour l'administration
  - règles plus et plus spécifiques

### 5.3.4 Insuffisance des contrôles de régularité

- plus seulement système juridique déductif qui veut examiner la conformité
- autres contrôles: efficacité (on s'intéresse aux effets) et efficacité à mécanismes d'évaluation (beaucoup de peine à introduire)
- principe de proportionnalité doit être appliqué

### 5.3.5 Imbrication du public et du privé

- tout est déjà dans le titre (c'était une bonne idée de créer ce titre, M Morand)

### 5.3.6 Les Droits sociaux

- Apparition de Droits de 2<sup>e</sup> génération (i.e. logement, travail, minimum vital)
- facile, justiciable: petits Droits à (une assistance juridique, minimum vital, repas décent pour prisonniers)
- difficile, non-justiciable: grands Droits *de* (travail → comment obtenir?, logement → comment les juges peuvent-ils fournir?)

[26]

## 5.4 L'Etat propulsif/interventionniste

### 5.4.1 Les programmes finalisés [27]

- se sert de Droit pour modifier des systèmes autonomes comme économie, famille, etc. pour les orienter vers un fin (i.e. analphabétismeæ, chômageæ, économiser énergie) → Droit des *programmes politiques*; Hayek: taxis
- origine: Bismarck, Keynes ('50)
- i.e. Belgique: code pénal → affaire Dutroux → *politique criminel* (intensité des recherches plus grand dans certain cas)
- Luhmann, sociologue du Droit, parle de *programmes finalisés* (arrangement systématique pour atteindre un but)
- problématique: structure verticale du Droit (ordre spontané) ↔ agir d'une façon horizontale („plan de bataille“, i.e. stratégie du CF pour baisser la pollution au niveau des '50)

- l'UE travaille beaucoup avec pf
- structure d'action superpose le loi (tensions programme/contrôle efficacité ↔ loi/contrôle juridique)

### 5.4.1.1 Structure d'un programme finalisé

- *objectif* <sup>[28]</sup>
  - „résultat dont on se propose d'atteindre presque comme dans une opération militaire“ → „plan de bataille“, guerre contre pollution, discrimination, etc. (i.e. 40 % femmes-prof à l'UniGe, <3% déficit publique condition pour introduire l'Euro)
  - orientation → principe directeur, obligatoire seulement pour administration (↔ individus)
  - objectif précis et opérationnel (pronostique sérieux des effets, consolider des objectifs nombreux des lois contradictoires)

#### , *instruments juridiques* <sup>[29]</sup>

- directives administratives: s'adressent aux individus, édicté par l'administration

| Méthode traditionnelle   | Principes directeurs   |
|--|--|
| objet précise  | orientation vers laquelle on doit se diriger   |
| délais exacte  | réaliser l'objectif progressivement dans le temps                                      |
| densité énorme des normes précises   | densité plus faible pour permettre l'appréciation                                      |
| sylogisme juridique à déductive  | pesée d'intérêt, énorme pouvoir d'appréciation, d'interprétation à dynamique           |
| 2 principes contradictoires ne peuvent pas subsister                         | 2 principes contradictoires peuvent subsister (i.e. 2 libertés fondamentaux)           |
| i.e.: directives de l'UE, construction usines: valeur de limite de pollution | i.e.: aménagement de territoire, attribution des enfants dans une divorce              |
| interdiction   | dissuasion (i.e.: fiscalité d'orientation: agir sur des coûts pour donner orientation) |
| prévisible   | moins prévisible   |
| légalité   | efficacité   |

### 5.4.1.2 Planification

- seule invention juridique de l'Etat propulsif, (i.e. élimination déchets), nouvelle catégorie d'instrument (TF: tantôt loi, tantôt décision, selon degré de précision)
- but: résultat articulé sous la forme d'un système intégrée de décision, adapté au besoins
- idée: rendre cohérent l'action de l'Etat & coordonner multiples actions
- i.e. aménagement du territoire, plan directeur, plan d'affectation

#### *f évaluation des effets*

↔ contrôle juridique

- nécessaire évaluation des programmes: Quelles sont les effets de la politique?
  - effets de la politique publique
  - effets des normes juridiques adopté à cause de cette politique publique à évaluation législatives (des normes dans lois): Quelles sont les effets pratiques de la loi?

éviter l'exclusion des gens

loi minimum vital

ale du Droit: d'un mécanisme mécanique à un *mécanisme cybernétique*:  
 observation, auto-correction, *temporalité* (règles pas nécessairement permanent) ↔

**faits du Droit des programmes finalisés**

**Droit totalitaire**

intervient dans toutes les sphères humaines

instrument s:  
 stratégie

- surcharge de législation, de l'administration, de la justice

- colonisation par le Droit, parcellisation, fragmentation
- incertitude du Droit finalisé (i.e. diminution de taux de chômage), Droit contraignant pour atteindre les buts finalisés?

#### 5.4.2.2 Un Droit surdéterminé et instrumentalisé

- Droit qui ne vaut plus comme soi (↔ CP, CC), mais seulement instrument pour la réalisation d'un objectif
- Droit seulement un des moyens pour la réalisation d'un objectif (autres: argent, information)
- légitimité non seulement par *régularité*, mais *aussi* par *efficacité* (plus fragile)
- efficacité: juger si les buts son atteints et évaluer si les instruments: jugement perpétuelle

#### 5.4.2.3 Un Droit dont l'autonomie est réduite

- ↔ Droit libéral ou CC & CP était indépendant de la politique, la religion, etc.
- Droit vise d'intervenir dans les systèmes sociaux (familles, économie, etc.: emprêter des valeurs, des principes pour établir des principes directeurs)
  - principes directeurs: se basant sur d'autres valeurs
  - mixage
    - 1) contrôle efficacité et de régularité → mixture: toutes sortes de règles
    - 2) instrumentalisation: Droit un moyen entre autres

#### 5.4.2.4 Un Droit gouvernemental et bureaucratique à faible densité normative

- ↔ Etat libéral
- principes: moins de densité normatives (→ moins de prévisibilité)
  - règles fixes ne réussissent pas à former des normes précises pour atteindre les objectifs des programmes finalisés
  - délégation législative: délégation d'une partie d'adoption des normes à l'exécutif (qui a une connaissance spécialisé) à ordonnances législatif (↔ ordonnances d'exécution)
  - délégation administrative (≠ lois formelles, ≠ ordonnances): il faut laisser le pouvoir d'appréciation à l'administration, pas préconditionné par le gouvernement à ≠ général et abstrait

#### 5.4.2.5 Un Droit en quête de légitimation

- nouvelle forme de légitimité = efficacité (substitue légitimité traditionnel)
- référendum contre ordonnances pas possibles (mais contre certains projets concret comme plan de quartier, ref. financier) → déficit démocratique?

- on renonce à démocratiser les règles, mais on légitime les décisions
- ordonnances très vagues → déficit d'égalité → revenir aux ordonnances très précises (ordonnances d'expérimentation: si les effets sont bonnes, elles compensent le déficit de légitimité)
- régularisation: imprévisibilité → grandes orientations

#### 5.4.2.6 Un Droit dont la production est rationalisé. Développement de la légistique matérielle

- développement de la légistique matérielle: science des créations des lois juridiques (apprendre à créer des lois, i.e. NAFTA: une première implémentation)
- juridiction de certaines exigences de rationalité
  - découlant des droits et des principes
  - obligation d'évaluer les effets des lois → contribution à modifier les lois
  - imbrication de contrôles
    - 1) contrôle fractionnel → régularité
    - 2) nouveaux contrôles → capacité

#### 5.4.2.7 Un Droit générant un immense besoin de coordination

- *coordination des législations*: centaines de législations sur des différents plans sociaux sont en vigueur, s'imbriquent et posent des problèmes de coordination → codification
- *coordination des décisions*: pas beaucoup dans un code, plutôt rassemblement des textes → très difficile
  - *coordination dans le temps*
    - ne pas coordonner
    - , toute les décisions doivent être prises en même moment, *concomitant*
  - coordination matérielle: prise en compte *globale* de tous les intérêts (i.e. construction centrale nucléaire)
  - coordination formelle: organisation de l'administration
    - concentration de toutes les décisions sur une autorité (i.e. office fédéral des transports), danger: négliger certains intérêts
    - , décisions ou toutes les autorités participent (système de l'Italie)

#### 5.4.2.8 Un Droit individualisé et concret

- Droit plus et plus spécifique, on ne peut plus traiter les gens en masse (chaque chômeur doit être traité différemment)
- remet les règles générales en question → principes dont l'application peut évoluer
- i.e. loi pour chaque produit agricole
- ⇒ imprévisibilité

#### 5.4.2.9 Un Droit flexible, flou, aléatoire, imprévisible

- tout est déjà dit dans le titre (bonne idée de créer ce titre, M. Morand)

### 5.5 L'Etat réflexif <sup>[30]</sup>

#### 5.5.1 Les programmes relationnels

- la contractualisation de la formation de la législation: consultation

### **5.5.1.1 Nature des objectifs**

- Economie - Etat / Economie - société
- objets extrêmement floue (renégocier, redistribuer, ...)

### **5.5.1.2 Moyen 1: Négociation des décisions concrètes**

- Consultation des groupes  $\neq$  commandements, interaction Etat - société (i.e. CH procédure de consultation, Vernehmlassungsverfahren)
- contractualisation de la formation de la législation
  - discuter, procédure de consultation  $\rightarrow$  culture de participation, jonction Etat/groupes sociaux
  - reprendre des règles établi par des particuliers, négocié entre groupes (i.e. condition de travail), rendre obligatoire ces règles
- fédéralisme d'exécution: l'Etat négocie sur formalités, mises en oeuvre, décision individuelle contraignant
- décision concret: i.e. Droit de l'environnement GB  $\rightarrow$  95 % négociation, pas d'application de sanctions

### **5.5.1.3 Moyen 2: l'autorégulation dirigé**

- i.e. inciter banques pour approuver „convention de diligence“
- instrument cherchant à opérer une articulation avec l'économie, trouver des moyens pour inciter l'économie  $\neq$  contrainte (i.e. taxe d'orientation)
- planification

## **5.5.2 Les grands traits du Droit des programmes relationnels**

### **5.5.2.1 Mixage progressif intérêts publics - intérêts privés**

- multiplication des intérêts publics  $\rightarrow$  parcellisation (i.e. agriculture)
- intérêts publics deviennent intérêts privés  $\rightarrow$  mixage

### **5.5.2.2 Publication du Droit privé, privatisation du Droit public**

- plus et plus difficile de distinguer Droit public - Droit privé ( $\leftrightarrow$  d. libéral)
- i.e. pollution (aspect privé & public)
- problème: tribunal civil, tribunal administratif?

### **5.5.2.3 Conormativité (au sens politique)**

- législation devient la fruit du travail commun entre l'Etat et des groupes d'intérêt (politiquement: Etat & groupes, juridiquement: que l'Etat)
- dissymétrie: groupes organisés, non-organisés, positions plus forte d'une groupe que l'autre, groupe d'intérêt - Etat

### **5.5.2.4 Un Droit mixte, peu transparent et présentant des risques d'arbitraire**

- participation des groupes d'intérêts n'est pas ouverte, transparent comme formation des normes par l'Etat (confiancicalité)
- plus de politique possible sans négociation avec les groupes

### **5.5.2.5 Une sectorialisation renforcée**

- associations privés chargés du contrôle d'application dans certains secteurs  $\rightarrow$  système très fermé



- groupes d'intérêts peuvent participer à la confection & l'application des lois

### 5.5.2.6 Un Droit sélectif et inégal

- problème d'égalité (intérêt général ↔ intérêt particulier)

### 5.5.2.7 Vers une légistique et une évaluation réflexive

- Tout est déjà dans le titre (c'était une bonne idée de créer ce titre, M Morand)

## 5.6 L'Etat incitateur <sup>[31]</sup>

- renonciation à l'imposition des solutions autoritaires
- moyens encore plus flou: incitation et recommandation
- menace d'une loi suffit parfois → l'Etat crée un règle en fonction de l'objectif non-atteints
- Etat ne peut pas commander sans accord de certaines groupes
- Etat agissent moyens utilisés par org. int. („soft law“) Etat imite org. internationales
- desencouragement de faire qc, au lieu de interdiction (i.e. taxe d'orientation)

## 6 Annexe: Définitions

*A contrario* = „par déduction du contraire“

*A fortiori* = „par une raison plus forte“

*Acte* = déclaration de volonté accomplie selon une procédure déterminée

*Acte abstraite* = acte qui régit un nombre illimité de situations

*Acte général* = acte qui s'adresse à un nombre illimité de personnes

*Acte unilatéral* = acte obligatoire pour les tiers (pas pour ceux qui l'émettent)

*Application* = mise en oeuvre, mise en pratique

*Appréciation* = mode de décision fondé sur la prise en considération de critères objectifs mais souples (opportunité, intérêts, etc.) dont la pesée laisse nécessairement à celui qui apprécie une certaine latitude.

*Arrêt* = nom donné aux décisions juridicielles de toute juridiction portant le nom de cour

*Arrêté fédéral de portée générale* <sup>[32]</sup> (= loi de portée générale, CH) = Acte contenant des normes générales et abstraites de durée limitée, adopté par l'AF et soumis au référendum facultatif

*Arrêté fédéral de portée générale* (CH) = Acte unilatéral, général et abstrait émanant du législateur ordinaire mais limité dans le temps

*Arrêté fédéral simple* (CH) = Actes législatifs pour lesquels aucune autre forme n'est prescrite, référendum impossible

*Autonomie* (gen.) = Pouvoir de se déterminer soi-même: faculté de se donner sa propre loi

*Autonomie* (Droit public) = Situation des collectivités ou d'établissements n'ayant pas acquis une pleine indépendance vis-à-vis de l'Etat dont ils font partie ou auquel ils sont rattachés, mais dotés d'une certaine liberté interne de se gouverner ou de s'administrer eux-mêmes

*Autonomie méthodologique* = méthode qui est propre au droit (syllogisme)

*bilatéral* = qui émane de deux personnes et les oblige réciproquement les unes envers l'autres

*Citoyen* = Personne qui, dans un Etat démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance aux votations ou à l'assemblée du peuple

*Code* = Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière

*concomitant* = au même moment

*Confédération d'Etats* = Association volontaire entre Etats, qui sont et restent souverains, mais qui délèguent aux organes par eux institués, des compétences d'attribution et des pouvoirs juridiques à l'effet d'assurer une meilleure protection de certains intérêts communs à l'ens. de ses membres, notamment en matière de diplomatie et de défense

*Confusion* = Réunion des personnes avec le but d'écouter, pendant quelques heures, un cours de M Morand

*Constitution (CH)* = Acte suprême dans l'ordre juridique suisse, dont la révision est soumise au référendum obligatoire (art. 123)

*Constitution (sens formel)* = règles revêtant une forme spéciale, consistant en un document écrit, solennellement adopté, d'une autorité, généralement supérieure à celle des lois ordinaires et ayant une procédure de révision plus lourde

*Constitution (sens matériel)* = Ensemble des règles suprêmes fondant l'autorité étatique, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs, et souvent aussi lui imposant des limitations, en particulier en garantissant des libertés aux sujets ou citoyens

*Constitutionnalité* = caractère de ce qui est conforme à la Constitution

*Contrôle* = Vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement, etc.

*Convention* = nom générique donné - au sein des actes juridiques - à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque

*Coutume* = usage répété considéré comme étant obligatoire, véritable règle de Droit comme loi

*Délit (Droit civil)* = Fait dommageable illicite, intentionnel ou non, qui engage la responsabilité de son auteur

*Délit (Droit pénal)* = Comportement antisocial tombant sous le coup de la loi pénale

*Discrimination* = Différenciation contraire au principe de l'égalité

*Droit* = ensemble de normes qui - lorsque enfreintes - ont des conséquences négatives (contrainte, sanctions)

*Droit civil* = partie fondamentale du Droit privé comprenant les règles relatives aux personnes, aux biens, à la famille, etc.

*Droit international privé* = branche du Droit ayant pour objet le règlement des relations internationales du Droit privé

*Droit international public* = ens. des règles juridiques régissant les rapports entre Etats souverains, auxquelles on ajoute aujourd'hui celles qui gouvernent les rapports entre des entités ou des personnes dotées de compétences d'ordre international (organisations internationales &

supranationales)

*Droit interne* = Droit créé à l'intérieur des Etats, s'applique seulement sur leur territoire

*Droit objectif*<sup>[33]</sup> = ens. des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société

*Droit pénal* = Droit ayant pour objet la prévention et la répression des infractions (Morand: aussi expiation)

*Droit positif* = ens. des règles de Droit effectivement en vigueur ( $\leftrightarrow$  i.e. Droit naturel)

*Droit privé* = Droit entre parties libres où il règne le principe de autonomie de volonté

*Droit public* = Droit unilatéral où l'Etat peut imposer son volonté sans accord des sujets

*droit subjectif* (Cornu) = toute prérogative reconnue par la loi aux hommes individuellement ou parfois collectivement (i.e. liberté, protection)

*droit subjectif*<sup>[34]</sup> (Morand) = Droit attribué aux personnes directement

*Droits de l'homme* = Ens. de facultés et prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain dont le Droit public (notamment le Droit constitutionnel) s'attache à imposer à l'Etat le respect et la protection. (1<sup>e</sup> génération: libertés individuelles, 2<sup>e</sup> génération: Droits sociaux, 3<sup>e</sup> génération: Droits collectifs/culturels)

*Efficacité* = Caractère d'une règle de Droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement

*Egalité* = Principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, race, naissance, religion, classe ou sexe, la même vocation juridique au régime, charges et Droits que la loi établit

*Etat* = Entité juridique formée de la réunion de quatre éléments constitutifs (population, territoire, autorité politique, souveraineté) et à laquelle est reconnue la qualité de sujet du Droit international

*Etat fédéral* = groupement créé entre des unités politiques par une Cst commune, dans lequel elles gardent certaines compétences de gouvernement, législation et juridiction permettant de les considérer comme Etats membres, mais perdent leur souveraineté au profit du groupement, lequel a les compétences les plus importantes et est la seule personnalité internationale (CH, USA, D)

*Etat moderne* = Etat qui s'est créé après la rupture de la révolution française et selon les principes de cette révolution

*Etat souverain* = Etat pleinement indépendant et jouissant de tous les Droits tant du point de vue interne (législation, administration, justice) qu'au point de vue externe (Droit de conclure des traités, Droit de recourir à la force dans des limites données)

*Etat unitaire* = Etat qui possède qu'un seul centre d'impulsion politique et où les provinces, régions ou autres circonscriptions administratives ont très peu ou pas d'autonomie

*exclusif* = de ce qui ne tolère ni partage, ni adjonction, ni mélange

*Exégèse* = méthode d'interprétation de la loi dont le principe est de rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur du texte à partir de celui-ci, des travaux préparatoires et de l'objectif général de la loi, d'en dégager le sens après l'intention du législateur

*formel* (Roux) = qc se référant à la forme, la procédure, l'acte

*formel* = de pure forme, sans examen au fond

*Habilitation* = Collation d'un pouvoir d'agir; investiture légale ou judiciaire en vertu de laquelle une

personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques

*Hiérarchie* = ens. des composantes d'un système juridique considéré dans leur coordination et fondé sur le principe selon lequel la norme d'un degré doit respecter et mettre en oeuvre celle du degré supérieur

*illicite* = contraire à la loi

*Interprétation* = l'ensemble des procès méthodologique et/ou axiologiques par lesquels l'interprète établit, dans un cas particulier / situation déterminée, le sens de la loi ou des dispositions légales applicable

*Jurisprudence* = ens. des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (notamment dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut)

*justiciable* = l'individu en tant qu'il peut être entendu ou appelé en justice pour y être jugé; en tant qu'il peut obtenir justice et être soumis à justice

*Légalité* = exigence respecté en créant des lois (suprématie, réserve de la loi formelle, densité normatif)

*Légistique* = science de la composition des lois, l'étude systématique des méthodes de rédaction de textes de loi

*Légitime* (1) = digne d'être pris en considération, non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles du Droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social

*Légitime* (2) = Justifié, établi sur de justes bases

*Légitimité* (1) = Conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution

*Légitimité* (2) = le pouvoir procéd de la confiance (personnelle, émotionnelle)

*Légitimité du pouvoir* = reconnaissance et acceptation du Droit de gouverner, par les membres de la société

*Litige* = différence porté devant un tribunal et devenu matière d'un procès

*Loi* (sens donné par le droit suisse) = Acte contenant des normes générales et abstraites de durée illimitée, adopté par l'Assemblée fédérale et soumis au référendum facultatif

*Loi* (sens formel) = acte normatif, unilatéral, général et abstrait, émanant du législateur ordinaire et illimité dans le temps

*Loi* (sens matériel) = tout acte unilatéral général et abstrait, émanant d'une autorité public

*matériel* (Roux) = qc se référant au fond, au contenu, à la substance

*matériel* = qui a trait au contenu d'un acte, à son objet

*Ordonnance* (CH) = acte générant des normes générales et abstraites émanant du législateur extraordinaire (CF en vertu d'une délégation législative)

*Ordonnance* = règlement pris par le pouvoir exécutif en matière législative en vertu d'une loi d'habilitation

*Ordonnance exécutif* (CH) = ordonnance adoptée par le CF qui contient des normes secondaires

*Ordonnance législatif* (CH) = ordonnance adoptée par le CF qui contient des normes primaires

*Organisation internationale* = Collectivité composée d'Etats, établie de façon permanente et dotée d'une volonté distincte de celle des ses membres

*Organisation internationale régionale* = organisation internationale dont la vocation est limitée à regrouper des Etats situés dans une zone géographique délimité

*Organisation supranationale* = Organisation internationale dotée d'un pouvoir de décision non seulement à l'égard des Etats membres, mais directement à l'égard des nationaux de ces Etats

*Organisation transnationale* (ONG) = Organisation qui s'exerce par-dessus les frontières et indépendamment de l'action des Etats (i.e. AI, médecins sans frontières)

*Particulier* = Personne privée, considérée dans ses intérêts privés, par opp. à l'Etat et aux personnes publiques ou aux gouvernants et agents publics remplissant les fonctions étatiques

*Partie* = toute personne liée par un contrat

*Planification* = Elaboration de normes cadres, de programmes destinés à orienter, par des mesures initiatives ou la conclusion de contrats, l'action des entreprises à moyen ou à long terme

*Prestation* = Avantage accordé par un organisme social consistant en une allocation pécuniaire, une prise en charge de frais ou d'une fourniture d'un service et qui est destiné soit à couvrir un dommage, soit à compenser une charge, soit à mettre fin à un état de besoin

*Principe* = Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure

*Programme* = Ligne d'action, de direction imprimée à une action par le choix des objectifs et des moyens de celle-ci

*Proportionnalité* = juste mesure, principe d'adéquation, de modération

*Règle* = Toute norme juridiquement obligatoire, quels que soient sa source, son degré de généralité, sa portée

*Règle de droit* (CH) = toutes les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure

*Règles primaires* = règles qui s'adressent aux individus

*Règles secondaires* = règles qui s'adressent aux autorités

*Rétroactivité* = Efficacité renforcée consistant pour un acte accompli ou pour un fait survenu à une certaine date à produire des effets à partir d'une date antérieure

*Sanction* = punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir

*Séparation des pouvoirs* (actuel) = organisation du système politique dans laquelle les fonctions sont réparties entre des autorités spécialisées et mutuellement indépendantes

*Séparation des pouvoirs* (ancien) = doctrine proposée d'organisation du système politique dans laquelle les fonctions juridiques de l'Etat ne sont pas exercées par un même individu ou collègue, mais réparties entre plusieurs autorités

*Souveraineté* = Caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre (= plénitude du pouvoir), indépendance & capacité d'exercer le pouvoir de commandement sur un territoire

*Subsidiarité* = distribution et redistribution du pouvoir, principe selon lequel la plus petite unité est

responsable

*Sujet de droit* = personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif

*Syllogisme juridique* = raisonnement déductif à travers lequel le juge interprète un cas, en se basant sur des règles générales et abstraites

*Territoire* = Elément constitutif de l'Etat dont il forme l'assise géographique et dont il détermine le champ d'exercice des compétences

*Territorialité* = Vocation d'un Droit à s'appliquer uniformément sur l'ens. d'un territoire, sans acception de nationalité ni de confession

*Unanimité* = dans un vote ou une délibération, accord de tous les membres de l'assemblée délibérante, de l'organe de décision, de la juridiction sur la question à décider

© 1998 Marcel Stoessel (marcel (at) stoessel.ch). All Rights Reserved.

Reproduction of this document or parts of it may be done only after a long evening full of beers with the author (special arrangements can be made in case the person wishing to reproduce this document or parts of it is female, 20 - 25 years of age, nice, good-looking and preferably, but by no means necessarily, single)

- 
- [1] sens formel; y compris sont des lois proprement dit (durée illimitée) et des arrêtés fédérales de portée général (durée limitée)
- [2] élément objectif (société)
- [3] élément subjectif (personne)
- [4] personnes physiques ou morales
- [5] rationalisation de l'application du Droit
- [6] en CH, on ne connaît pas un contrôle de Constitutionnalité des lois fédérales
- [7] l'essentiel de la législation doit être dans des lois formelles, émanant du législateur ordinaire (parlement)
- [8] personnes physiques ou morales
- [9] pour l'histoire de l'UE et son organisation, cf. „Introduction à la science politique, Cours de Mme Christine Mironesco“
- [10] Art 90 Cst: pour adhésion à une organisation de sécurité collective ou à une organisation supranationale, il faut la majorité du peuple et des cantons (≠ organisations internationales)
- [11] = organisation horizontale
- [12] cf. „Panorama du Droit“ Doc. 24
- [13] adéquat au but, nécessaire, subsidiarité, contre le perturbateur
- [14] mais: s'il n'a plus la majorité au parlement, il doit démissionner
- [15] le TF ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois fédérales; il peut seulement les appliquer; il peut, cependant, contrôler la constitutionnalité des lois cantonales
- [16] règle générale et abstraite
- [17] examiner règle générale et abstraite dans cas particulier

[18] conséquences dans cas particulier: condamnation ou non & peine (droit pénal), solution (droit civil)

[19] concept d'exégèse

[20] malheureusement

[21] Conférence donnée par M Hoste, qui a fait preuve que pas tous les enseignements de Droit doivent être organisée selon le système de Hayek

[22] Montesquieu, cf. 4.3

[23] CC comme aide de la bourgeoisie: famille, propriété absolue, volonté

[24] Droit moderne

[25] Droit du service public (domaine sociale)

[26] Droit des programmes finalisés

[27] aussi: „politique publique“

[28] les objectifs sont politiques

[29] les instruments sont juridiques

[30] Droit des programmes relationnels

[31] Droit des programmes informationnels

[32] Bundesbeschluss

[33] Rechtsverordnung

[34] Berechtigung