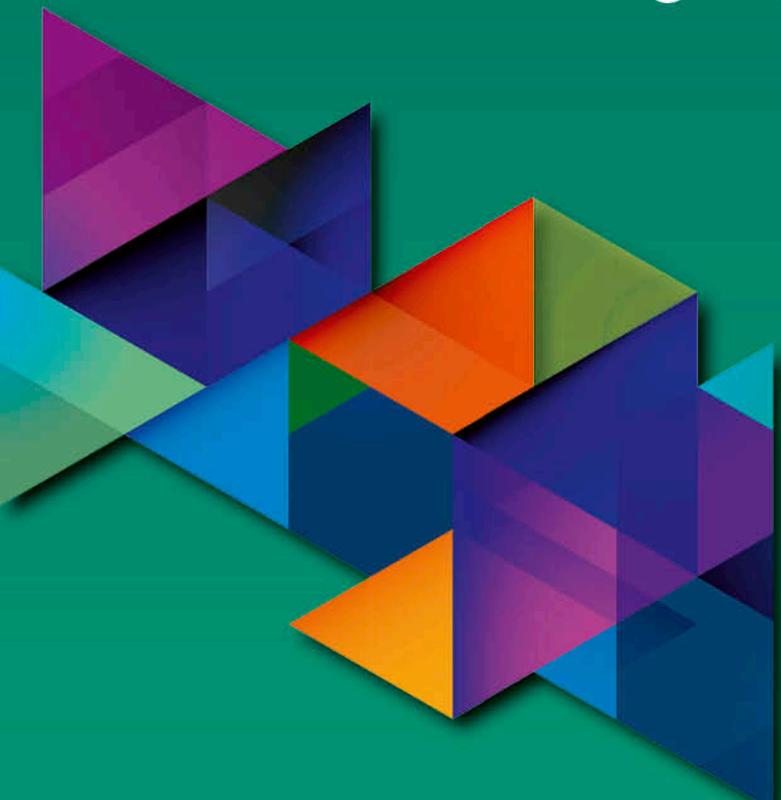


Réussir sa première année de **DROIT**

Méthodologie juridique



Laura Viaut
Alexis Fourmont



I. Qu'est-ce que le droit?

En tant que discipline à la fois littéraire et scientifique, le droit se caractérise par un recours à une terminologie très spécifique, à savoir le vocabulaire strictement juridique au sein duquel chaque mot possède sa propre signification sans être interchangeable. Chaque terme juridique a toujours une définition délimitée et précise; il existe très peu de synonymes en droit. Par ailleurs, certains termes ne trouvent aucun équivalent en langage courant, car ce sont des termes techniques désignant des situations, des mécanismes ou encore des outils propres au droit.



Erreurs de vocabulaire à ne pas commettre !

Une loi **dispose, énonce, prévoit, ou encore prescrit**. Elle ne saurait stipuler, car elle ne résulte pas d'une négociation ni n'implique une promesse (contrairement aux contrat, convention et traité).

En revanche, un contrat, une clause ou un traité **stipule**. Ils ne disposent pas.

Les tribunaux rendent des **jugements**, c'est-à-dire des **solutions non définitives**. Les cours rendent des **arrêts**. Le Conseil constitutionnel rend des **décisions**.

Mais le droit ne s'explique pas par lui-même et, pour cette raison, une approche pluridisciplinaire est souvent précieuse. Le recours à l'histoire permet de saisir que le droit français est l'héritier du droit romain. C'est d'ailleurs pourquoi un certain nombre de locutions latines, exprimant des règles fondamentales de manière concise, sont couramment utilisées. Par exemple : *nemo legem ignorare censetur*, soit « nul n'est censé ignorer la loi ».

En Occident, il existe deux grandes familles de droit :

- La famille romano-germanique (à laquelle appartient le droit français) repose sur l'héritage du droit antique romain (souple de droit germanique au Moyen Âge). Cette famille est marquée par l'existence de codifications.
- La famille de *common law* (Royaume-Uni, États-Unis, Australie et Inde notamment) se fonde sur des règles souvent coutumières et la casuistique.

Quoique traditionnellement prégnantes, ces différences ne doivent pas être exagérées, les pays de *common law* connaissant des mouvements de codification¹. La jurisprudence se révèle déterminante dans les pays de tradition romano-germanique : lors de son discours préliminaire du premier projet de Code civil prononcé en 1800, Portalis indiquait en ce sens que « la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave

1 Bernard Stirn et Yann Aguila, *Droit public français et européen*, Dalloz, 3^e éd., 2021, p. 145.

et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ». Et d'ajouter qu'« il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une ».



Pour une présentation plus détaillée des grandes familles juridiques, nous renvoyons aux développements plus bas qui y sont consacrés.

La règle de droit ou norme juridique est une règle de conduite générale se distinguant des autres types de règles (morales, religieuses ou encore sociales). Son contenu est normatif et coercitif. Il s'agit d'interdire, permettre ou encore obliger à adopter tel ou tel comportement. La règle de droit possède plusieurs caractères :

- Elle est permanente : elle s'applique sans interruption du jour de son entrée en vigueur à son éventuelle abrogation.
- Elle est obligatoire : elle crée des obligations ou des droits qui sont eux-mêmes le revers d'obligations de faire ou de ne pas faire.
- Elle est contraignante : elle peut être sanctionnée. Les tribunaux sont habilités à forcer le destinataire de la règle à la respecter en cas de méconnaissance.
- Elle est abstraite : elle s'applique à toutes les personnes ou seulement à une catégorie d'entre elles que l'on identifie par leur qualité ou situation particulière.

Malgré tout, des incertitudes apparaissent parfois s'agissant des normes de droit. En pratique, la sanction devant pourtant découler de la violation de règles juridiques n'est pas systématique. Par exemple, tel a longtemps été le cas des normes constitutionnelles en France avant 1958, souvent remises en cause depuis 1789.

Plus fondamentalement, il existe nécessairement une différence entre le droit formel ou « strict » (suivant la formule en usage outre-Manche) et le droit effectivement pratiqué. Par conséquent, il convient d'avoir à l'esprit les aléas de la réception de la règle juridique par son public, de son « appropriation » ainsi que, le cas échéant, de sa mise en œuvre. Tel est d'autant plus le cas que la concrétisation du droit écrit ne se limite pas à une application mécanique des énoncés juridiques : ceux-ci doivent nécessairement être interprétés de façon plus ou moins extensive en fonction du contexte qu'ils sont appelés à encadrer. À cet égard, le rôle joué par les juristes est fondamental.

L'essor du droit expérimental, du droit dérogatoire et du « droit mou » tend également à faire naître des cas-limites. Aussi, le concept de « force normative »¹ pourrait suppléer utilement aux imperfections de celui de norme juridique : le système juridique, expliquent Bernard Stirn et Yann Aguila, serait alors à considérer comme « un dégradé de normes, avec une échelle de densité normative variable, selon que la norme est obligatoire, sanctionnée, ou plus ou moins précise »².

1 Catherine Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

2 *Droit public français et européen, op. cit.*, p. 143.



FOCUS

Le pouvoir politique et le droit

Le pouvoir (ou, selon la terminologie de Max Weber, la domination) est consubstantiel aux sociétés humaines. Voilà pourquoi ses origines sont extrêmement anciennes.

Concrètement, le pouvoir prend des formes très diverses : il peut, par exemple, être une pure force brutale, ou bien une puissance organisée pacifiquement. Suivant une acception politique, le pouvoir est un phénomène de commandement et d'obéissance. Il fait donc naître une relation inégalitaire entre dominants et dominés.

Pour pouvoir durer, une puissance de domination doit s'organiser et, en partie au moins, se dépersonnaliser afin que l'organisation perdure au-delà de la vie de tel ou tel gouvernant : ainsi, elle s'institutionnalise. D'une domination de fait, elle devient une domination de droit. Elle fait alors naître des relations juridiques entre gouvernants et gouvernés. Selon cette vision, c'est en amont du droit que se forme un pouvoir politique.

Dans la conception qui a progressivement triomphé en Occident à partir de l'ère moderne, le droit est une création artificielle. Il n'est pas d'essence divine ni même donné une fois pour toutes, mais il est un construit, un produit de la volonté humaine. Cette puissance revêt la forme de l'État, lequel tend à s'institutionnaliser par le droit, notamment en revendiquant le monopole de la contrainte légitime (selon la formule de Max Weber). Cette idée de légitimité est essentielle, puisqu'elle suppose un consentement (au minimum tacite) de la part des gouvernés vis-à-vis de l'exercice du pouvoir politique.

Mais, simultanément, ce droit qui organise l'État a vocation à constituer la limite de celui-ci : on dit alors que l'État est soumis au droit. Toutefois, cela n'implique pas encore nécessairement la préservation de la liberté politique et encore moins la victoire du principe démocratique, qui ne se sont imposés que laborieusement à partir du XVIII^e siècle dans l'espace européen et nord-américain pour s'étendre peu à peu à d'autres parties du monde jusqu'à la fin du XX^e siècle.

Le mouvement ou la forme d'organisation d'un pouvoir politique modéré est appelé le constitutionnalisme libéral. Il a souvent pris la figure du système de balance des pouvoirs des monarchies limitées, typiques du XIX^e siècle : le roi jusque-là tout-puissant est désormais lié par des règles (souvent consignées dans un texte solennel, une constitution) imposant le concours d'assemblées représentatives (notamment pour adopter des lois ou obtenir des ressources financières).

Aujourd'hui, devenu démocratique, le constitutionnalisme tente d'obtenir cette modération en combinant l'agencement pluraliste des pouvoirs, des élections libres, et le contrôle des gouvernants par des instances juridictionnelles (cours suprêmes ou constitutionnelles). Le pouvoir politique s'exerce désormais dans les limites inscrites dans les textes constitutionnels et, bien souvent, interprétées par les juges constitutionnels.

A. La diversité des normes, sources et autorités juridiques

En droit interne, les normes juridiques se caractérisent par leur diversité, résultant pour partie de la pluralité de leurs auteurs : la Constitution, la loi et les actes administratifs unilatéraux sont adoptés respectivement par le pouvoir constituant, le législateur et les détenteurs du pouvoir réglementaire.

Au surplus, la plupart des normes juridiques relèvent du droit écrit, mais tel n'est pas toujours le cas, la jurisprudence et la coutume jouant un rôle décisif. Pour leur part, les conventions de la Constitution se distinguent des normes juridiques, au sens où elles dégagent une « normativité politique » s'imposant le cas échéant aux organes constitutionnels et aux acteurs politiques.

Par ailleurs, la doctrine est un interprète scientifique des règles juridiques : elle n'est ordinairement pas considérée comme une source de droit, mais plutôt comme une autorité.



DOCTRINE

Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 1

Depuis des siècles, l'appellation de « sources du droit » sert à désigner la loi, la jurisprudence, la coutume, etc. Elle n'en est pas moins impropre. En bonne logique, on devrait dire – et c'est ainsi que s'expriment les sociologues – que les sources du droit résident dans les éléments *extérieurs* à celui-ci, dont chacun admet qu'ils déterminent en bonne partie son contenu : le droit, abstraction faite d'une certaine part d'indéterminisme, résulte d'un contexte politique au sens large, - historique, social, économique, moral, religieux, philosophique ou idéologique. C'est d'ailleurs ce contexte que les philosophes et théoriciens du droit désignent sous le nom de sources matérielles ou encore réelles du droit (par opposition à ses sources dites formelles, qui sont des sources dogmatiques).

À la vérité, il est aisé de voir que les prétendues sources formelles sont des *modes d'expression* ou, si l'on préfère, des *manifestations* du droit. Si par exemple nous voulons donner à un étranger un aperçu sommaire du droit français actuel, nous dirons qu'il consiste en un corps de législation complété par de la jurisprudence, le tout théorisé par les auteurs : cette assertion des plus banales montre bien que la loi, la jurisprudence et la doctrine ainsi évoquées sont des éléments intrinsèques au droit, voire le droit lui-même. Les deux premières se présentent d'ailleurs comme un *corpus* de normes, soit dans leur totalité (la loi – mais ce serait vrai aussi de la coutume), soit en partie (la jurisprudence).

→ La Constitution

La notion de constitution se comprend de diverses manières. À cet égard, une constitution « descriptive » (selon la formule d'Élisabeth Zoller) ou factuelle correspond à la façon dont l'État est effectivement gouverné, même en l'absence de texte constitutionnel : la plupart des monarchies disposaient de constitutions fondées sur l'accumulation historique avant les révolutions du XVIII^e siècle, lesquelles ont abouti à la mise par écrit des règles devant régir les systèmes de gouvernement.

Pour sa part, la constitution « normative » (Élisabeth Zoller) renvoie à l'idée d'obligation et de devoir-être. Il s'agit d'« un ensemble de règles, principalement (mais non exclusivement) juridiques, écrites ou non, qui prétendent poser un certain type d'organisation politique, énoncer des principes la structurant, créer ou reconnaître des institutions, prescrire des obligations et des procédures » (selon la définition qu'en donne Armel Le Divellec¹). Une telle conception implique l'idée de volonté du pouvoir constituant et la « normativité » de la constitution découle pour partie de sa rédaction.

Suivant une acception formelle, la constitution est un acte écrit en principe unique, dont l'appellation varie : Constitution états-unienne de 1787, Chartes françaises de 1814 et 1830, Statut fondamental de la Monarchie de Savoie de 1848, ou encore Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949. Durant la III^e République, trois lois constitutionnelles portaient respectivement sur l'organisation des pouvoirs publics, le Sénat et les rapports entre pouvoirs publics. De nos jours, la situation est similaire en Israël.

Il importe, par ailleurs, d'insister sur l'absence d'identité entre constitution écrite et constitution rigide, ainsi qu'entre constitution non-écrite et constitution souple. Une constitution est souple, dès lors qu'une loi ordinaire suffit à la réviser (tel était le cas des Chartes de 1814 et 1830), tandis qu'elle est rigide lorsque sa révision emprunte une procédure législative spéciale. L'objectif consiste alors à conférer aux dispositions constitutionnelles une force juridique particulière et, ce faisant, à les protéger contre les éventuels errements de la majorité du moment. De ce point de vue, il existe divers degrés de « rigidité ».

Suivant une acception matérielle, la constitution se définit plus largement comme l'ensemble des règles encadrant l'exercice du pouvoir politique. Leur nature varie. Il peut s'agir de règles de droit écrit (dispositions issues des traités internationaux, prescriptions d'ordres constitutionnel, organique, législatif et même réglementaire), de droit non-écrit (coutumes) ainsi que de règles jurisprudentielles et de conventions de la constitution. La constitution matérielle est plus large que la constitution formelle.

Depuis 1958, la Constitution est revêtue de la valeur juridique suprême. Conformément aux préconisations de Raymond Carré de Malberg sous la III^e République, un contrôle de constitutionnalité des lois a été mis en place, afin de rompre avec la souveraineté parlementaire des Républiques précédentes et le légicentrisme qui suscitaient de l'instabilité gouvernementale. Cela s'est

1 *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Sirey, 2022, 13^e éd., p. 77-83.

également traduit par une procédure de révision constitutionnelle rigide. Le maître de l'Université de Strasbourg expliquait qu'il convenait en outre de briser le monopole parlementaire de la représentation en faisant élire au suffrage universel le chef de l'État et à instaurer la procédure du référendum.

Désormais, la loi n'exprime la volonté générale que dans le cadre tracé par le pouvoir constituant, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel lui-même dans la décision n° 85-197 DC du 23 août 1985. Les pouvoirs constitués (comme le Président de la République, le Gouvernement et le Parlement) sont tenus de respecter la Constitution et, plus largement, le « bloc de constitutionnalité », formule d'abord née sous la plume de Claude Emeri, puis popularisée par Louis Favoreu afin de désigner le texte constitutionnel, son préambule ainsi que tous les textes auquel ce dernier renvoie, c'est-à-dire la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946¹ et la Charte de l'environnement de 2004.

Le Conseil constitutionnel concourt à la garantie de la Constitution dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois (article 61 de la Constitution) et des engagements internationaux (article 54 de la Constitution), ainsi que dans celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) depuis le 1^{er} mars 2010 (article 61-1 de la Constitution). À l'occasion de ces décisions, il s'efforce de ne pas consacrer de principes non écrits. Une telle démarche se démarque de celle du Conseil d'État qui révèle parfois des principes généraux du droit, « applicables même sans texte », comme le principe d'égalité connaissant au reste de nombreuses déclinaisons. Le Conseil constitutionnel n'a jamais tenu la coutume pour une source du droit constitutionnel. Il lui arrive de reconnaître des objectifs de valeur constitutionnelle depuis la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 ayant consacré le pluralisme des courants d'opinion. S'ils visaient originellement à justifier une atteinte ou une dérogation limitée à un droit constitutionnel, les objectifs de valeur constitutionnelle ont connu une certaine autonomisation conduisant le juge à censurer une loi ou un acte administratif sur le fondement de leur méconnaissance. Comme l'observent Bernard Stirn et Yann Aguila, la différence entre un « objectif » et un « principe » constitutionnel n'est « plus d'une clarté absolue »².



FOCUS

les « modèles » de justice constitutionnelle

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois sous sa forme moderne apparaît avec l'arrêt dit *Marbury contre Madison*, rendu par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique le 24 février 1803, sans que cela soit formellement prévu par le texte constitutionnel de 1787.

Ce contrôle de constitutionnalité s'opère *a posteriori*, en plus d'être diffus et concret : ainsi est-il effectué, par voie d'exception, par les tribunaux (fédéraux ou des États fédérés) à l'occasion des litiges dont ils ont à connaître. La loi jugée

- 1 Qui mentionne expressément les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi que les principes particulièrement nécessaires à notre temps.
- 2 *Droit public français et européen, op. cit.*, p. 198.

inconstitutionnelle n'est pas abrogée, mais simplement écartée du procès où elle devait être mobilisée. La Cour suprême régule les interprétations délivrées par les tribunaux.

En Europe, c'est surtout après la Grande Guerre que la justice constitutionnelle s'organise. Tel est notamment le cas en Autriche, en Tchécoslovaquie, en Roumanie ou dans l'Espagne républicaine. Ces pays se sont démarqués du système américain en érigeant des cours constitutionnelles monopolisant le contrôle de la loi. Bien que ce contrôle normatif soit leur fonction la plus fondamentale, ces cours disposent également d'autres compétences (jugement des ministres, contentieux électoral, règlements des litiges fédératifs, ou compétence générale d'interprétation de la constitution).

Après la Seconde Guerre mondiale, d'autres pays européens (comme l'Italie, l'Allemagne ou encore la France) adoptent des systèmes de justice constitutionnelle plus ou moins centralisée, au point qu'on a voulu y voir - à tort - la marque d'un « modèle européen ».

Pourtant, la réalité est plus complexe. À cet égard, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en vigueur en France depuis 2010 a sensiblement enrichi son modèle de justice constitutionnelle : outre le contrôle de constitutionnalité des lois effectué, depuis 1959, par voie d'action, centralisé et abstrait (article 61 de la Constitution), la V^e République pratique désormais un contrôle *a posteriori* de la conformité des lois aux droits et libertés garantis par la Constitution, qui s'opère en cours d'instance (article 61-1 de la Constitution). En cas d'inconstitutionnalité, les dispositions concernées sont abrogées.

De nombreux auteurs considèrent le contrôle juridictionnel de la loi comme une garantie de l'État de droit, tandis que d'autres juristes voient la justice constitutionnelle comme une entrave au principe démocratique. C'est là le spectre du « gouvernement des juges », autrefois dénoncé par Édouard Lambert.

→ La loi

Aristote tenait jadis la loi pour « l'intelligence sans les passions aveugles ». En tant qu'expression de la volonté générale, Jean-Jacques Rousseau la présentait comme « toujours droite et tend[ant] à l'utilité publique » et surtout comme une règle générale.

Plus réaliste, Boris Mirkine-Guetzévitch observait « une loi n'est jamais une raison écrite. Elle est un compromis dans la lutte des groupes, des partis, des individus. Historiquement, la loi est toujours une transaction. C'est pourquoi la logique juridique seule n'est pas capable d'expliquer le droit. À côté de la logique juridique il y a le droit vivant, le droit qui se crée non dans le calme des cabinets de travail, mais dans le tumulte des assemblées, dans la lutte des intérêts, des groupes, des nations. Dans chaque loi, il faut observer ainsi deux éléments : la conscience juridique de l'époque et la technique juridique du compromis entre les forces en lutte »¹.

1 « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, Vol. 1, n° 4, p. 401.

Par tradition, le droit français accorde une importance capitale à la loi, matérialisée par le refus de tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité avant 1958. Il s'agit là de ce que l'on appelle le légicentrisme issu originellement de la pensée de Rousseau, puis de la Révolution française, allant de pair avec une valorisation des assemblées délibérantes au détriment des organes exécutifs. Selon cette perspective, la loi est la seule et unique expression de la souveraineté, formulée par les représentants chargés de « vouloir pour la Nation » pour reprendre l'aphorisme de Barnave. Son autorité est indépassable. À cet égard, la succession très récurrente de textes constitutionnels extrêmement divers amorcée en 1789 a conduit à une certaine dépréciation de la Constitution au regard de la stabilité de la loi ordinaire.

La V^e République s'est détournée du légicentrisme par le biais de l'instauration du Conseil constitutionnel, chargé d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* (article 61 de la Constitution) et, désormais, de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) s'opérant *a posteriori* (article 61-1 de la Constitution).

S'agissant de la première procédure, elle concerne les lois organiques avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, les lois ordinaires avant leur promulgation, ainsi que les règlements des assemblées parlementaires. Tandis que le Conseil constitutionnel est saisi d'office des lois organiques, des propositions de loi référendaires, ainsi que des règlements des assemblées, il ne l'est pas systématiquement des lois ordinaires. La décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « Liberté d'association », a conduit à un « coup d'État de droit » puisque le Conseil constitutionnel a décidé de lui-même d'élargir le champ des normes de référence qu'il manie dans le cadre de son contrôle : le bloc de constitutionnalité est bien plus large que le seul texte constitutionnel, ce qui ouvre la voie à un contrôle de constitutionnalité des lois bien plus substantiel qu'auparavant. Les autorités de saisine étaient à l'origine dans le texte constitutionnel de 1958 le Président de la République, le Premier ministre, ainsi que les présidents des deux assemblées. Depuis 1974, l'élargissement du droit de saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou sénateurs a contribué à développer très sensiblement la jurisprudence rendue à ce titre.

S'agissant de la QPC, elle permet de soutenir au cours d'une instance devant une juridiction qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une telle question, si elle lui est transmise. En effet, la QPC fait préalablement l'objet de deux filtrages successifs : d'abord de la part de la juridiction traitant l'affaire concernée et, le cas échéant, de la part du Conseil d'État ou encore de la Cour de cassation. Afin d'être transmise, la question doit concerner une disposition applicable au litige, celle-ci ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif de l'une de ses décisions, et la question doit au surplus présenter un caractère sérieux. Le procès est suspendu jusqu'à ce qu'il soit statué sur la QPC.