
Introduction au droit

et à la culture juridique

Volume 1

Alain Papaux, Dr. iur., Ma phil., LL.M. (Académie européenne de théorie du droit), Professeur de Méthodologie juridique et de Philosophie du droit, faculté de droit et faculté des géosciences et environnement, Université de Lausanne

Davide Cerutti, docteur en droit, professeur remplaçant à l'Université de Lausanne, chargé de cours à l'Université de la Suisse italienne, président du Comité d'éthique de l'Université de la Suisse italienne, avocat (counsel, Walder Wyss SA, Lausanne/Lugano)

Table des matières

Avant-propos	1
Sommaire	5
Titre I. Droit et langue : une relation intime.....	9
Chapitre 1. Prolégomènes. Ou ce qu'il est bon de connaître avant de commencer.....	11
Chapitre 2. Le droit et la langue	15
Section 1. Droit et oubli de la langue	15
Section 2. Que nul n'entre en droit s'il n'a goûté un peu de linguistique	19
Sous-section 1. Des mots et des choses	19
Sous-section 2. <i>Zoon politikon logikon</i> : l'homme, un animal politique parce que doué de langage.....	22
Sous-section 3. La triade diabolique du sens : entre signifiant, signifié et référence	24
Sous-section 4. Le soin de la langue en droit : exemples concrets.....	27
Titre II. Circonscrire le droit : de la pluralité des définitions à la multiplicité des sources et des branches	31
Chapitre 1. L'approche scientifique.....	35
Section 1. Le droit comme science.....	35
Sous-section 1. Régularités selon la <i>nécessité</i> ou régularités dans la <i>contingence</i> : le droit, affaire de <i>choix</i>	36
Sous-section 2. Des règles juridiques <i>variables</i>	38
Sous-section 3. Des règles juridiques <i>changeantes</i>	39
Sous-section 4. Ordre et valeurs	40
Section 2. Le droit comme science <i>humaine</i>	41
Section 3. Le droit comme science <i>sociale</i>	44

Table des matières

Sous-section 1.	Le tout est plus que la somme des parties : esquisse de <i>bien commun</i>	44
Sous-section 2.	Le droit entre descriptif et prescriptif.....	46
Sous-section 3.	Éducation du citoyen et acceptabilité de la norme.....	47
Sous-section 4.	Une commensurabilité remarquable aux réalités sociales : le statut de l'animal.....	49
Section 4.	Le droit comme science <i>interdisciplinaire</i>	52
Section 5.	Le droit comme science de la <i>relativité des choses</i>	53
Sous-section 1.	Relativité « en soi ».....	53
Sous-section 2.	Relativité du droit dans le temps.....	57
Sous-section 3.	Relativité du droit dans l'espace.....	57
Sous-section 4.	Portée méthodologique et philosophique de la <i>relativité hic et nunc</i> du droit.....	59
Section 6.	Le droit comme science <i>des contradictions et du contradictoire</i>	60
Section 7.	L'approche scientifique du droit <i>brevitatis causa</i>	61
Chapitre 2.	L'approche philosophique	63
Section 1.	L'École du droit naturel ou jusnaturalisme.....	64
Sous-section 1.	L'esprit général du jusnaturalisme.....	66
Sous-section 2.	Le jusnaturalisme des Anciens.....	66
§ 1.	Les Grecs et les Romains.....	66
§ 2.	La pensée judéo-chrétienne.....	70
Sous-section 3.	Le jusnaturalisme des Modernes : une œuvre de la raison. Ou l'École du droit naturel proprement dite.....	71
Sous-section 4.	Du jusnaturalisme moderne au positivisme juridique via les théories du contrat social.....	75
Section 2.	L'École positiviste ou positivisme juridique.....	79
Sous-section 1.	L'esprit général du positivisme juridique.....	79
Sous-section 2.	L'École historique du droit ou École du droit historique.....	80
Sous-section 3.	Le positivisme juridique <i>stricto sensu</i>	82
Sous-section 4.	Le positivisme sociologique.....	85
Section 3.	De l'influence des deux grands courants philosophiques sur la conception du droit.....	86
Sous-section 1.	Bref rappel de leurs ressorts essentiels.....	86
Sous-section 2.	De l'influence de ces deux grands courants dans le droit actuel, suisse en particulier.....	87

Sous-section 3.	Le point de vue juridico-philosophique : du « prescrit parce que bon » au « bon parce que prescrit » ? Ou la corrélation des contraires !.....	92
§ 1.	Du point de vue du droit positif.....	92
§ 2.	Du point de vue du jusnaturalisme	94
§ 3.	Le droit comme alliage de positivisme et de jusnaturalisme	96
Chapitre 3.	L'approche proprement juridique.....	99
Section 1.	La sanction	100
Sous-section 1.	Des règles juridiques ne connaissant pas de sanction	101
Sous-section 2.	Des règles non juridiques connaissant des sanctions	105
Section 2.	Le principe d' <i>obligation générale</i> . Ou ne pas faire acception de personne.....	106
Section 3.	Le rapport avec l'autorité étatique.....	108
Section 4.	Une définition opératoire du droit	109
Chapitre 4.	La théorie des sources	113
Section 1.	Où situer la théorie des sources ? Quel tour d'esprit juridique reflète-t-elle ?	113
Section 2.	Les « malaimées » sources matérielles du droit.....	115
Section 3.	Les sources formelles du droit.....	118
Sous-section 1.	Les sources formelles au sens étroit	120
§ 1.	La loi	120
Sous-§ 1.	La loi au sens large	121
Sous-§ 2.	La loi au sens étroit ou loi au sens strict	124
Sous-§ 3.	Les rapports entre loi et coutume.....	124
§ 2.	La coutume	124
Sous-§ 1.	Définition de la coutume	124
Sous-§ 2.	Les rapports entre la coutume et la loi	130
§ 3.	La jurisprudence, en tant que source formelle au sens étroit	131
Sous-section 2.	Les sources formelles au sens large	136
§ 1.	La jurisprudence en tant que source formelle au sens large.....	138
Sous-§ 1.	La jurisprudence comme application du droit	138
Sous-§ 2.	La hiérarchie des instances de jugement.....	139
§ 2.	La doctrine.....	141
Sous-section 3.	Richesse de l'art. 1 ^{er} CC	143
Sous-section 4.	Où trouver matériellement les différentes sources.....	143

Table des matières

§ 1.	La loi au sens large	143
§ 2.	La coutume	144
§ 3.	La jurisprudence	145
§ 4.	La doctrine.....	145
Sous-section 5.	Les principes généraux du droit : une source du droit négligée	146
§ 1.	Les principes généraux induits (« bottom-up »)	146
§ 2.	Les principes généraux déduits (« top down »)	149
§ 3.	Principes généraux et « gouvernement des juges ».....	151
Chapitre 5.	Les subdivisions du droit	153
Section 1.	Le droit « inter-national (public) » <i>vs</i> le droit national	153
Sous-section 1.	Le droit international	153
§ 1.	Le droit international public proprement dit	153
Sous-§ 1.	Les sujets du droit international public.....	154
Sous-§ 2.	Les sources du droit international public	155
Sous-§ 3.	Le rang du droit international public : premier et primitif ?	157
§ 2.	Les droits européens	158
Sous-§ 1.	Le Conseil de l'Europe	158
Sous-§ 2.	Le droit de l'Union européenne ou droit européen proprement (ordinairement) dit.....	159
A.	Les quatre organes classiques de l'UE et son Conseil européen 160	
1)	La Commission européenne	160
2)	La Cour de justice de l'Union européenne	160
3)	Le Parlement européen	161
4)	Le Conseil de l'Union européenne	161
5)	Le Conseil européen	162
B.	De quelques actes fondamentaux de la Commission : le Règlement et la Directive	162
Sous-section 2.	Le droit national	163
Section 2.	Droit privé <i>versus</i> droit public.....	164
Sous-section 1.	La théorie des sujets de droit impliqués ou théorie des personnes impliquées.....	166
Sous-section 2.	La théorie de la subordination ou de la sujétion	168
Sous-section 3.	La théorie de l'intérêt concerné ou intérêt en cause.....	174
Sous-section 4.	Conclusion concernant les critères de distinction « droit privé / droit public »	176

Sous-section 5.	Quelques autres théories rencontrées.....	176
§ 1.	La théorie du fisc.....	177
§ 2.	La théorie de la fonction publique ou théorie du service public.....	177
§ 3.	La théorie de la nature de la sanction.....	178
Section 3.	Droit international public <i>versus</i> droit international privé.....	178
Section 4.	Compendium des différents domaines du droit suisse.....	180
Sous-section 1.	Les différents domaines du droit public suisse.....	180
§ 1.	Le droit constitutionnel.....	180
§ 2.	Le droit administratif.....	182
§ 3.	L'organisation judiciaire.....	183
§ 4.	La procédure.....	183
§ 5.	Le droit pénal.....	185
§ 6.	De quelques particularités du droit public suisse.....	186
Sous-section 2.	Les différents domaines du droit privé suisse.....	187
Chapitre 6.	De quelques modes de structuration du matériau social dans la norme juridique.....	189
Section 1.	Droit formel <i>versus</i> droit matériel.....	189
Sous-section 1.	Le droit formel pour exercer le droit matériel.....	189
Sous-section 2.	Le formalisme excessif.....	192
Section 2.	Droit impératif <i>versus</i> droit dispositif.....	193
Titre III.	La vie du droit ou « le droit dans le temps ».....	197
Chapitre 1.	Les deux statuts du droit.....	201
Section 1.	Le droit positif ou <i>lex lata</i>	201
Section 2.	Le droit « désirable » ou <i>lex ferenda</i>	207
Chapitre 2.	La naissance de la règle de droit.....	211
Section 1.	Naissance de la loi au sens large.....	211
Sous-section 1.	La phase d'élaboration.....	212
§ 1.	La Constitution fédérale.....	212
§ 2.	La loi au sens étroit.....	213
§ 3.	L'ordonnance.....	213
§ 4.	Le règlement.....	214

Table des matières

§ 5.	Date d'adoption et date d'entrée en vigueur de la loi : une distinction politique et méthodologique cruciale	214
Sous-section 2.	L'entrée en vigueur de la loi (au sens large).....	215
§ 1.	L'entrée en vigueur de la Constitution fédérale.....	215
§ 2.	L'entrée en vigueur de la loi (fédérale)	216
§ 3.	L'entrée en vigueur de l'ordonnance	217
§ 4.	L'entrée en vigueur du règlement.....	217
Section 2.	Naissance de la coutume.....	218
Section 3.	Naissance de la jurisprudence.....	220
Chapitre 3.	La vie du droit positif : le déploiement de la règle de droit dans le système juridique	223
Section 1.	Des hiérarchies au sein du système juridique	224
Sous-section 1.	La hiérarchie des ordres juridiques.....	224
§ 1.	De la primauté du droit international sur le droit interne.....	224
§ 2.	De la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal	225
Sous-section 2.	La hiérarchie des sources formelles selon l'art. 1 CC.....	225
§ 1.	Art. 1 al. 1 : l'empire de la loi.....	226
§ 2.	Art. 1 al. 2 CC, les marges du droit : coutume et jurisprudence prétorienne	227
§ 3.	Art. 1 al. 3 CC : doctrine et jurisprudence, de simples « informations sur » le droit ?.....	229
§ 4.	Art. 1 : Synthèse des critères d'ordonnement.....	230
Sous-section 3.	La hiérarchie au sein de la loi au sens large.....	230
Sous-section 4.	La hiérarchie des instances au sein de l'organisation judiciaire.....	231
Sous-section 5.	Synthèse : une hiérarchie de hiérarchies	231
Section 2.	De la rétroactivité	232
Sous-section 1.	L'esprit général de la rétroactivité.....	232
Sous-section 2.	Le principe de l'interdiction de la rétroactivité ou principe de la non-rétroactivité et son exception, la rétroactivité pure.....	234
Sous-section 3.	De la rétroactivité pure à la rétroactivité improprement dite ou pseudo-rétroactivité	236
§ 1.	Vers la rétroactivité improprement dite : pour de bonnes raisons.....	236
§ 2.	Critère pragmatique de déclenchement de la rétroactivité improprement dite : des effets juridiques qui « chevauchent » la date d'entrée en vigueur de la nouvelle.....	239

§ 3.	Les figures de la rétroactivité dans les différents domaines du droit	241
Sous-§ 1.	Le droit international privé (LDIP), un modèle du genre	241
Sous-§ 2.	Le droit pénal et l'exception de la <i>lex mitior</i>	242
A)	Le principe de l'interdiction de la rétroactivité	242
B)	L'exception de la <i>lex mitior</i>	242
C)	Rétroactivité improprement dite en droit pénal	244
Sous-§ 3.	Le droit public, lieu propice à la rétroactivité	244
Sous-§ 4.	Le droit privé, peu enclin à la rétroactivité	246
Sous-§ 5.	Rétroactivité et effet anticipé	247
Sous-section 4.	Rétroactivité dans les différentes sources formelles au sens étroit	248
§ 1.	La loi au sens large	248
§ 2.	La coutume	249
§ 3.	La jurisprudence	249
Section 3.	La dérogation	251
Sous-section 1.	L'esprit général de la dérogation	251
Sous-section 2.	Les conditions méthodologiques de la dérogation	252
Sous-section 3.	Les deux modes d'articulation de lois « contradictoires »	253
§ 1.	Le principe général « <i>lex posterior derogat priori</i> »	254
§ 2.	Le principe général « <i>lex specialis derogat generali</i> »	255
§ 3.	La combinaison heureuse des deux principes	256
§ 4.	La combinaison problématique des deux principes aux résultats contradictoires	258
Sous-section 4.	La dérogation et les diverses sources formelles au sens étroit	261
§ 1.	La dérogation et la loi au sens large	261
§ 2.	La dérogation et la coutume	261
§ 3.	La dérogation et la jurisprudence	262
Chapitre 4.	La mort du droit positif ou le trépas de la règle de droit	265
Section 1.	Le principe du parallélisme des formes	265
Section 2.	La désuétude	266
Section 3.	L'abrogation	268
Sous-section 1.	L'abrogation expresse	268
§ 1.	L'abrogation (expresse) formelle	269

Table des matières

§ 2.	L'abrogation (expresse) en termes généraux	269
§ 3.	L'abrogation (expresse) par substitution d'articles ou parties d'article	269
§ 4.	Abrogation expresse : synthèse	270
Sous-section 2.	L'abrogation tacite.....	271
Sous-section 3.	Le cas singulier de la mort de la jurisprudence.....	272
Section 4.	La primauté du droit fédéral sur le droit cantonal ou la « force <i>dérrogatoire</i> » du droit fédéral (art. 49 Cst.).....	273
Sous-section 1.	Le principe.....	273
Sous-section 2.	Les effets de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal	274
§ 1.	Au moment de la naissance du droit cantonal face au droit fédéral en vigueur	275
§ 2.	Au moment de la naissance du droit fédéral face à du droit cantonal en vigueur.....	275
§ 3.	L'art. 6 CC.....	276
Table des matières		279