

Les notions fondamentales du droit français

Ce texte a déjà été publié dans l'ouvrage *Didactique du français juridique – Français langue étrangère à visée professionnelle*, DAMETTE Eliane, L'Harmattan, 2007, pp. 59-84.

Nous allons dresser un inventaire de notions du droit français qui nous paraissent fondamentales, car ce sont des notions sources, d'où découlent un ordre juridique spécifique, et qui par le réseau qu'elles peuvent tisser entre elles, permettent de décrire les grandes lignes d'un système juridique – en l'occurrence le système français – et sont fondamentales pour l'enseignement de celui-ci en FOS. Ces notions font partie d'une « culture générale » du domaine juridique, et sont donc selon nous, à inclure dans le référent en français juridique.

« Les notions fondamentales du droit expriment des valeurs (...) Fruit de débats, de compromis, de luttes, le droit est un ensemble de choix, de prises de position, de convictions. Cette absence de neutralité est reconnue et même revendiquée au sein des grands concepts juridiques » [1].

Les valeurs sous-tendues par les grandes notions du droit sont des positions idéologiques. Saisir ces valeurs, ces choix idéologiques permet de saisir leur sens, en relation avec un système particulier (politique, social, juridique, économique, symbolique), en contexte, dans une démarche relativisante (aucun système de société n'est absolu) et non-naïve. Les notions clés du système juridique ne sont que des instruments au service de valeurs qui ont fait l'objet d'un consensus forgé graduellement, sur de longues périodes, et toujours en mouvement. Comprendre le fonctionnement, l'articulation de ces concepts juridiques, c'est comprendre un système de société, son histoire, sa culture.

Nous partons du système politique, la démocratie occidentale contemporaine (française en l'occurrence), qui fonde un type de société, pour en décrire les fondements, les valeurs, qui sont placés au-dessus de toutes les règles de droit et décisions étatiques, comme une sorte de présupposé, voire d' « inconscient » collectif. Les termes retenus sont presque tous, des notions juridiques, qui donc, dès lors qu'elles sont inscrites dans des textes juridiques ayant force de loi, sont elles-mêmes pourvues d'une force obligatoire [2] . Seule la notion de *fraternité* ne fait pas partie des notions juridiques, elle n'est pas pourvue d'effet obligatoire. Nous la joignons à la liste car elle fait partie de la devise française et oriente en partie l'action politique. Elle a valeur programmatique.

Nous reprendrons ici sept des huit notions (dans l'ordre : *liberté, égalité, pouvoir, droit, contrat, propriété, intérêt, représentation* ; nous n'avons pas consacré un point particulier à « intérêt », mais l'avons intégré à « représentation ») établie par Emmanuel Dockès dans son ouvrage – cité en note ci-dessus et auquel nous nous réfèrerons tout au long de notre étude sur les valeurs – « Valeurs de la démocratie ».

Nous ajoutons trois notions à celles sélectionnées par E. Dockès : la *fraternité*, la *laïcité* – qui est constitutive de l'Etat républicain en France et des relations entre sphère publique et sphère privée – et la *responsabilité*, qui nous paraît symptomatique de l'évolution d'une société. Ces notions sont transversales au droit public et au droit privé ; elles sont à la croisée des valeurs et du droit. Car, « c'est en droit que les valeurs de la démocratie prennent sens » [3].

La notion de *laïcité*, notion juridique et valeur de la démocratie en France nous permet de débiter notre parcours sur les valeurs et notions fondamentales du droit français par un panorama de l'actualité française, de souligner l'importance du recours à l'histoire pour appréhender les valeurs d'une société et enfin, d'aborder la problématique du pouvoir et celle de la liberté individuelle. La laïcité, en outre, nous semble être ce qui fonde la possibilité même d'un enseignement/apprentissage portant sur les valeurs et les droits de l'homme, *a fortiori* dans un contexte interculturel [4]. Un des principes posés par Mireille Delmas-Marty concernant la création d'un « droit commun de l'humanité » est qu'« à l'échelle internationale, plus encore qu'au plan national, une religion ou plus largement, une culture, ne peut l'emporter sur les autres » [5] ; nous pensons que cette ligne directrice, « à travers un droit nécessairement laïc », conditionne également la possibilité d'un enseignement du droit et de ses valeurs fondamentales, en contexte interculturel.

La *liberté* et l'*égalité* sont les deux valeurs sur lesquelles se sont bâties nos démocraties contemporaines. Elles sont issues de l'humanisme et des Lumières et tiennent l'être humain pour une valeur en soi, supérieure. La *liberté* valorise l'individu et sa volonté. L'*égalité* établie un premier principe de régulation du rapport à l'autre ; c'est une « valeur relationnelle, sociale, elle commande d'accorder une égale valeur à tout être humain ». [6]

La *fraternité* est une notion – non juridique – qui, comme l'égalité, régule le rapport à l'autre, en tentant de mettre en œuvre une égalité et une liberté *effectives*. Elle peine à être reconnue juridiquement car elle constitue une option politique en partie contestée en France. Elle a une valeur plus programmatique que fonctionnelle.

Les trois notions suivantes, *représentation*, *pouvoir* et *droit*, nous permettent d'entrer dans les *mécanismes* du pouvoir politique et économique et de leur *justification* juridique.

La *représentation* permet de justifier la source du pouvoir. La notion de *pouvoir* permet de faire la distinction entre pouvoir de *droit* et pouvoir de *fait*, d'analyser les rapports qu'ils entretiennent, de comprendre la particularité du pouvoir juridique et l'importance qu'il revêt pour le pouvoir politique.

La notion de *pouvoir* met à jour la manière dont une société articule le politique et l'économique, et donc les valeurs dont cette société se réclame.

Le *droit*, système normatif parmi d'autres au départ, est aujourd'hui prédominant parce qu'il constitue le système normatif des Etats démocratiques. Le droit est d'abord l'instrument de l'Etat. Le *droit* est devenue une valeur en lui-même dans les démocraties, notamment avec la notion d'*Etat de droit*, Etat dans lequel existe un contrôle des pouvoirs de fait et de droit et où les droits fondamentaux des individus sont respectés.

Les notions de *contrat* et de *propriété* ont trait aux droits et obligations des individus et des personnes morales. Il s'agit d'instruments juridiques qui à la fois actualisent les droits, libertés et devoirs de chacun et régulent les relations sociales. Aborder ces instruments juridiques ne peut se faire que dans le cadre du système juridique, vu dans son ensemble, cohérent, et en sachant se repérer parmi les « droits », les valeurs et le hiérarchie qui sous-tend le système.

Le *contrat*, qui est la « loi » des parties, est l'expression de l'autonomie de la volonté – de la *liberté* donc. Il est cependant encadré par *le droit*, qui tend à limiter le pouvoir de fait de l'une des parties sur l'autre.

La *propriété*, comme le contrat, n'est pas un droit absolu. On différencie la « propriété *dominante* » et la « propriété *autonome* », qui ne sont pas protégées de la même manière car elles ne reposent pas sur les mêmes *valeurs*.

Enfin, la *responsabilité* constitue selon nous une synthèse possible des valeurs et notions que nous avons abordées précédemment. Elle est un principe majeur de régulation sociale, tant individuelle que collective. La responsabilité concerne le rapport de l'individu à lui-même, aux autres, l'action des entreprises, celle des pouvoirs publics ainsi que les rapports entre Etats. Elle pourrait même constituer un prolongement – efficace – de la notion de *fraternité*.

1. **La laïcité de l'Etat** « n'est un principe constitutionnel qu'en France, tandis que l'Union européenne part de la notion de liberté religieuse. »

Tel est un des constats de départ émis par Régis Debray dans son ouvrage « Ce que nous voile le voile – La République et le sacré » [7] et auquel nous nous référons tout au long de notre analyse de la notion de « laïcité ». Nous avons choisi d'intégrer ce concept à la liste des notions fondamentales du droit, pour deux raisons :

La première tient à l'actualité sociale en France depuis de nombreuses années (la question des « banlieues », la ghettoïsation/l'intégration, le voile...), aux interrogations récurrentes des apprenants étrangers sur la question du voile et de la laïcité en France. Lors des cours de français juridique que nous avons eu l'occasion de donner, nous avons donc été obligée d'analyser cette notion au regard de l'histoire de France. La particularité des relations entre l'Eglise et l'Etat est essentielle pour comprendre la place de ce principe.

La seconde raison tient à la richesse de la notion : elle articule l'individu, son appartenance à une communauté religieuse, politique, syndicale, nationale... et son appartenance à la « communauté de destins » que constitue l'Etat-nation. La laïcité, partie prenante de l'identité française, est mise à mal, fragilisée, mais ce n'est que le symptôme de la perte de repères quant à l'identité française, l'appartenance à cette nation, à son projet de société. La laïcité craque entre deux extrêmes : le ghetto et la mondialisation. Ce fut pendant des siècles une notion structurante, qui est actuellement en voie de redéfinition.

La question du voile, c'est-à-dire l'autorisation de son port dans les établissements d'enseignement public, est un conflit entre au moins deux droits : la liberté d'expression individuelle et le principe d'égalité entre hommes et femmes. Comme presque à chaque fois, en droit, deux ou plusieurs droits s'opposent. Trancher entre les deux relève d'un choix entre deux valeurs. La France, sur la question du voile, a décidé que le principe d'égalité entre hommes et femmes primait sur la liberté d'expression individuelle dans le cadre des établissements d'enseignement publics et, ce qui est certainement encore bien plus profondément ancré dans la culture française, que la loi de Dieu ne supplanterait pas la loi des hommes [8] .

La question du voile est traitée en fonction de l'espace dans lequel il est porté. En l'occurrence, le problème se posait pour l'école publique, lieu de formation des esprits «

libres » et des futurs citoyens, lieu de « dégagement » par rapport à la famille et au groupe d'appartenance.

« Un élève peut exprimer ses convictions par la parole, dans ses devoirs écrits ou ses réponses orales (si elles ne sont pas injurieuses pour l'autre), mais ne peut imposer aux autres le spectacle d'une affiliation à l'état brut, sans léser le postulat d'égalité entre garçon et fille, blond et brun, malingre et malabar, fidèle et athée, etc. » [9] .

La mission de l'école est de développer la conscience, l'indépendance d'esprit alliée à la faculté de s'exprimer et de respecter l'autre. Elle ne peut y parvenir si les gamins y restent « englués », physiquement marqués par des signes identitaires posés là comme des *a priori*, des fardeaux sans concession, sans discussion possibles avec des communautés différentes de la leur.

Régis Debray distingue l'espace civique (l'école, la mairie lors d'une cérémonie de naturalisation) de l'espace public (une bibliothèque municipale, une prison). Les usagers ne sont interdits de voile que dans l'espace civique. Dans l'espace public, seuls les agents publics doivent respecter la neutralité du service public et s'abstenir de porter des signes manifestant leurs convictions religieuses ou politiques dans l'exercice de leurs fonctions. Les usagers du service public ne peuvent se confectionner un « service à la carte » en fonction de leurs convictions religieuses, par exemple, en remettant en question l'autorité d'une femme médecin.

R. Debray est pour l'adoption d'une loi sur le voile à l'école : pour lui, il est hypocrite et irresponsable de revendiquer l'application du principe de laïcité sans lui donner les moyens juridiques d'être respecté, par la loi et son éventail de contraintes. La République (la *res publica*, la « chose publique ») se disloque dans « les tribalisations en cours », les « clivages religieux, ethnique, corporatiste, régionaliste ou économique », qui « détricotent le tissu civique » [10] .

L'individu a besoin à la fois de sa (ses) communauté(s), de ses attaches préexistantes (communauté naturelle), et d'une « communauté culturelle, consciente et construite » : la République fédérant les pluriels en une identité, une histoire, des mythes, des rêves, des valeurs d'appartenance. Ce qui se joue ici est aussi le passage du droit du sang au *droit du sol*, de la défense des intérêts particuliers au détriment de *l'intérêt général*.

R. Debray, dans son ouvrage, conclut sur les raisons pour lesquelles la laïcité peut être à ce point mise à mal, fragilisée : « notre citoyenneté s'est refroidie », « Un pays qui ne se raconte plus – n'agrège plus, et bientôt se désagrège. Les Etats-Unis se racontent par le cinéma, le Canada par ses musées, Haïti par ses peintres. La France se racontait jadis par sa littérature.(...) Un pays qui ne transcende plus son passé déprime. La France ne se met plus en scène, sinon pour se moquer ou s'agenouiller. [11] » L'Etat républicain est devenu un « prestataire de services, qui a des usagers et non des citoyens, à la fois hypertrophié et évidé » ; « ce guichetier, tout le monde le sollicite, personne ne le respecte » ; la tendance est à lui réclamer toujours plus de droits, sans contrepartie, sans que les citoyens n'assument aucun devoir vis-à-vis de l'Etat (à part le paiement des impôts).

Une laïcité passive, abstraite, juridique pèse de peu de poids face à des religions porteuses de « traditions vivantes – langue, récits, mémoires et rituels. » Pour l'auteur de cet essai, il faut retrouver le sens du « sacré républicain », de l'Etat laïque, car c'est le mieux à

même de protéger « la souveraineté de la conscience, la liberté de la personne, ou les droits de l'Homme et du citoyen ». Pour se consolider, s'affirmer positivement, la France a donc besoin de refonder ses mythes républicains et laïques, de s'identifier, d'attirer l'identification, de se raconter. Cette spécification, cette identité forte et attirante permettra à la France de continuer à être ouverte au monde.

Ce rapide trajet à travers l'actualité de la notion de laïcité nous a permis d'en percevoir le caractère non seulement central en droit français, mais fondateur, identitaire ; il se répercute dans la séparation stricte de la sphère publique et de la sphère privée, dans la notion de *service public*, d'administration, d'*intérêt général*, dans la manière d'envisager le pacte qui lie les citoyens entre eux et avec l'Etat-nation qui les fédère, dans le nécessaire couplage des *droits* et de *devoirs*. L'un ne va pas sans l'autre : la relation juridique est constituée d'*obligations réciproques* ; le principe de la réciprocité des obligations est lui-même une des clés du système juridique, fondateur de la vie en société et de la *responsabilité*.

Par ailleurs, il est très intéressant de noter que le juridique n'est ni une fin ni une solution en soi. Le mythe, le récit, le rituel, l'incarnation fantasmatique et constamment recomposée de ce qui fonde la République, l'Etat-nation, la laïcité sont considérés par l'auteur de l'essai comme fondamentaux. La culture prime le juridique, la culture incarnée, consciente du passé et capable d'adaptations, de renouvellements. Sans récit, sans fête, sans mythes rassembleurs (pour en revenir à l'étymologie), il n'y a pas de communauté qui tiennent.

2. **La liberté** est la conjonction d'un élément subjectif, la volonté (le contrôle rationnel de l'action) et d'un élément objectif, la puissance de l'individu (l'ensemble des moyens destinés à produire les effets voulus) [12] .

Au sens juridique, la liberté des individus [13] est instituée comme valeur fondamentale [14] . Elle a été divisée en une pluralité de libertés particulières (liberté de conscience, d'aller et venir, de parole, de contracter...). C'est ce que l'on nomme les *droits subjectifs* : un droit subjectif est une parcelle de liberté consacrée par le droit. La reconnaissance juridique des libertés, *via* celle des droits subjectifs, est une condition d'effectivité.

En droit, « libertés » et « droits fondamentaux » ont un sens et une valeur équivalente. La tradition distingue les droits-protection – on dit encore « droits-libertés » - des droits-attribution, ou « droits-créances ».

Les premiers (liberté d'expression, de conscience, d'aller et venir, liberté du travail, du commerce et de l'industrie...) requièrent l'abstention de la puissance publique, tandis que les seconds (droit au travail, au logement, à la santé, à l'environnement...) requièrent l'action (et notamment le financement) de la puissance publique. L'application (les effets juridiques) des droits-créances est très faible par rapport à l'application des droits-libertés.

Il existe deux interprétations de ce phénomène : soit l'on considère que c'est l'application jurisprudentielle qui sera le critère de valeur des libertés et dans ce cas les droits-créances ne sont pas des droits mais des déclarations d'intention non contraignantes. Le pouvoir des juges est ici énorme car eux seuls (et non le législateur) peuvent donner un contenu aux droits fondamentaux alors qu'il s'agit d'une décision politique [15] . Soit l'on reconnaît une valeur juridique à la seconde catégorie de droits fondamentaux (les droits-créances) en contradiction avec les décisions des juges : il s'agit là de tenir compte d'une réalité juridique contradictoire et évolutive. « Reconnaître l'existence de droits inappliqués

permet de préserver la capacité de ces droits à exprimer des valeurs, à inspirer des évolutions, une dynamique. [16] » Le droit formule parfois, en édictant des droits-créances, des « obligations de moyens [17] », des objectifs lointains, et influe ainsi sur leur prise en compte, leur réalisation ; car ces droits-créances, évocateurs, insérés dans des déclarations, des traités, sont invoqués lors de débats législatifs ou de procès, et acquièrent une visibilité, une invocabilité qui influencent directement sur leur prise en compte par les pouvoirs publics.

Une application pédagogique est proposée dans le dossier sur le droit de l'Union européenne (en annexe 1 de cet ouvrage) ; la partie consacrée à « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » didactise la notion de droits fondamentaux en reprenant la distinction droit-liberté et droit-créance [18] .

3. **L'égalité**, en droit, signifie que tous les êtres humains ont une valeur égale [19] . Elle est au fondement des droits fondamentaux. C'est un principe éthique qui demande de voir en autrui un autre soi-même. Le principe d'égalité s'oppose notamment au racisme et au sexisme. Il figure dans toutes les déclarations des droits de l'Homme, ce qui lui donne la même force que les traités et la Constitution.

Le principe d'égalité s'applique tant à l'action de la puissance publique envers les citoyens qu'aux rapports entre personnes privées.

« L'égalité est l'affirmation non d'une identité de fait, mais d'une identité de valeur. [20] » Les êtres humains sont différents (non-identité de fait), mais poser leur inégalité équivaldrait à établir une hiérarchie de valeurs. La *différenciation* est licite (elle est un fait incontestable), par contre la *dévalorisation* ne l'est pas. On peut juger, évaluer des actes, non une personne dans sa globalité, car le jugement des actes est contingent, temporel, tandis que le jugement sur la personne est définitif, irrémédiable. Le jugement moral sur la personne (avec comme critère l'honneur, la médiocrité, la vilénie...) n'a pas de valeur juridique et ne peut être interdit en soi. A l'opposé, un jugement juridique sur la personne porterait sur sa régularité ou son irrégularité, sa licéité ou son illicéité, qui sont des valeurs *juridiques*. Ce type de jugement est interdit.

L'évaluation de la personne en dehors de la valeur de ses actes (en prenant en considération « l'origine », « le sexe », « l'âge », « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, ou une race », « l'apparence physique », « le patronyme », « l'état de santé », « les caractéristiques génétiques », « le handicap » [21] ...) représente une violation de l'égalité. Cela correspond au sexisme, au racisme, à la xénophobie, à la division de la société en ordres, en castes.

Il existe des cas de dévalorisation qui prennent argument d'une évaluation des actes : lorsque l'évaluation porte non sur les actes d'un individu, mais sur ceux d'une catégorie d'individus (les pauvres, les paysans, les femmes, les nobles, les énarques, les ecclésiastiques...). La valeur n'est plus déduite des actes passés ou potentiels d'une personne, mais de leur appartenance à une catégorie de personnes. Il y a alors *valorisation* ou *dévalorisation* de personnes en fonction de leur appartenance à une *catégorie*.

« Un attribut de la personne ne peut être utilisé comme critère de différenciation qu'à une double condition (...), il doit avoir un impact objectivement constatable sur la valeur

d'actes dont la rétribution est autorisée et (...) il doit être indépendant de toute dévalorisation directe ou indirecte de la personne dans sa globalité. [22] »

Le droit agit également sur les *causes des inégalités de fait* car elles entraînent des dévalorisations, qui, à leur tour, produisent des différences de traitement. Certains textes prévoient des discriminations positives (par exemple, des quotas de femmes dans les partis politiques) ; d'autres textes s'attaquent aux discriminations indirectes : par exemple, lorsque la rémunération n'est pas déterminée selon le sexe mais selon la tâche, et que la répartition des sexes selon la tâche est à ce point déséquilibrée qu'indirectement le résultat aboutit à ce qu'une catégorie de personne soit discriminée.

Le système juridique prévoit dans le cas de discrimination que la charge de la preuve soit renversée : ce n'est plus à celui qui invoque la discrimination à la prouver, ni à prouver l'intention (c'est quasiment impossible à réaliser), il devra seulement prouver la différence de traitement ; ce sera au défendeur à prouver le caractère objectif, justifié et nécessaire de sa pratique. Sans ce moyen juridique accordé au demandeur, le droit à l'égalité serait un principe inapplicable pour les cas de discrimination. On voit par là que les règles de procédure, loin d'être « ornementales », de pure formes vides de sens, sont au contraire des moyens juridiques essentiels pour l'applicabilité du droit et sont, elles aussi, porteuses de sens, de valeurs.

4. **La fraternité** est un principe de la République. Elle relève de l'*éthique* [23] et du *politique*.

Considérer l'Autre comme un frère et se comporter avec lui avec bienveillance et générosité, c'est non seulement mobiliser la part *rationnelle* de l'être humain, sa capacité de réflexion, mais c'est aussi, et ici la loi ne peut rien imposer, mobiliser ses *affects*, son *engagement*, sa *conviction*. Cette part intime, éthique, échappe à la sanction juridique car elle relève de la liberté de pensée individuelle.

La fraternité universelle n'est pas une idée récente [24] . Des droits qui relèvent de la fraternité ont été proclamés dans la Constitution de 1793 [25] , puis dans celle de 1848 [26] . Mais ce n'est qu'à partir de la Constitution de 1946 [27] , avec l'apparition de la notion de *solidarité*, que la loi française a renoué avec la *fraternité*. La *solidarité* est un devoir de la Nation et non de l'individu ; elle peut donc être invoquée et contrôlée. La sanction juridique de la *solidarité* dépend de la *définition* que la loi donne du terme. La *solidarité* a en général plus valeur programmatique que pratique : elle introduit des « droits-créances », qui comme nous l'avons déjà indiqué dans cet ouvrage, ont une applicabilité très faible par rapport aux « droits-libertés ». Ils servent à exprimer des *valeurs*, à inspirer des *évolutions*. Ils constituent un horizon, une ligne de conduite.

Le *flou* [28] de la notion de fraternité, allié à sa *force d'évocation* permettent aux politiques de tenir compte des évolutions, d'ajuster le système en se référant à un principe fondamental de la République, voire de l'humanisme universel, en lui donnant des contenus actuels. Un exemple récent en est donné par le Congrès des Maires d'Europe qui s'est tenu à Innsbrück en 2001 et qui proclame dans son document final :

« Conscients que l'Europe a inséré de façon stable la liberté et l'égalité des peuples, et des Etats parmi les valeurs fondamentales, que ces valeurs (...) ne suffisent cependant pas à elles seules pour assurer l'accomplissement du projet européen. Nous sommes fermement convaincus que ce projet ne pourra être pleinement réalisé qu'en prenant en ligne de compte

la fraternité en tant que « catégorie politique » qui ne peut que nous aider à construire l'Europe.

Cette nouvelle dimension de l'engagement politique pour l'Europe peut se réaliser en premier lieu au niveau des villes où les citoyens vivent des rapports de proximité et de réciprocité et où ils accèdent aux institutions de façon personnelle, immédiate (sans intermédiaires) et continue. » [29]

La fraternité et la solidarité semblent retrouver, en ce début de XXI^e siècle une vigueur et une actualité face à la défiance des peuples vis-à-vis du politique, des institutions à leur service et du projet de société véhiculé par les Etats et les instances supranationales telles que l'Union européenne.

Il serait à notre avis fructueux, dans la lignée des travaux de Fabienne Cusin-Berche [30] , de se livrer à une étude linguistique diachronique du terme « solidarité », en analysant notamment à quels autres termes il se substitue en fonction des époques et des contextes : parfois à l' « égalité » (par exemple « l'impôt de solidarité »), à « fraternité » (par exemple dans les actions humanitaires).

5. **La « représentation »** est un procédé juridique qui permet à une personne de créer des obligations à la charge d'une autre personne sans son consentement. C'est un pouvoir, qui appartient à l'employeur vis-à-vis de ses salariés, aux parents vis-à-vis de leurs enfants. L'enjeu de la représentation est de légitimer ce pouvoir, de le justifier.

La question prend toute son ampleur lorsqu'on la situe dans le domaine du pouvoir étatique. Nous déplaçons ici une fiction juridique très ancienne et qui perdure. Culturellement, la France a intégré le dogme chrétien de l'égalité naturelle des hommes. Comment alors justifier le pouvoir réel que certains exercent sur les autres ? En posant que seul Dieu détient le pouvoir et que ceux qui exercent un pouvoir sur terre tiennent leur puissance et leur autorité de Dieu. Le roi n'aurait plus de pouvoirs en soi, qui lui soient propres, il n'aurait qu'une délégation de pouvoir venant de Dieu. Le roi représente donc Dieu sur terre, et tous les autres titulaires d'un pouvoir, le tenant du roi, le tiennent finalement de Dieu. Il s'agit d'une délégation en chaîne, dont l'auteur premier serait Dieu.

La démocratie a repris le principe, mais en le laïcisant. Le peuple élit ses représentants à qui il délègue le pouvoir de faire les lois et de le gouverner. Obéir aux représentants, aux lois qu'ils ont édictées c'est obéir à nous-mêmes. Les lois et les jugements sont édictés au nom du peuple ; le gouvernement agit dans l' « intérêt du peuple ». La fiction est la même que sous la monarchie et il est, selon nous, intéressant de noter la continuité d'un système politique, juridique et d'un mode de pensée ; ce qui contredit une autre fiction : celle d'une rupture radicale entre l'Ancien régime et la Révolution.

La construction idéologique des délégations de pouvoir en chaîne – dont le premier délégant aurait une légitimité incontestable – a encore de beaux jours devant elle : si l'on se situe, par exemple, dans le microcosme de l'entreprise, le chef d'entreprise est le représentant de l'entreprise, c'est lui qui a le pouvoir d'agir en son nom et dans son intérêt. Tous les « participants » à l'entreprise (salariés, actionnaires, dirigeants) en constitueraient des éléments indissociables et œuvrant dans le même but, avec le même intérêt : l' « intérêt de l'entreprise ». C'est pure fiction, chacun de ces trois groupes ayant des intérêts réels bien distincts, en plus

d'un intérêt commun qui serait la survie et le développement de l'entreprise – mais qui ne se traduit pas forcément par les mêmes choix économiques.

La *représentation* permet de justifier une source du pouvoir, de « nier le partage du pouvoir et de prétendre à son unité à travers l'idée de souveraineté ». « L'Etat est une organisation au sein de laquelle de nombreux pouvoirs s'expriment, se soutiennent, se complètent, mais aussi s'opposent. » [31]

L'analyse du mécanisme de la représentation, à travers des exemples précis, permet en cours de français juridique, de prendre conscience d'une fiction utile et qui pousse à se demander, à chaque fois, quelle en est la légitimité, afin de pouvoir apprécier le niveau des limites réelles posées aux différents pouvoirs délégués : la recherche des justifications aux différents pouvoirs permet d'en déduire leurs limites. Par exemple, la démocratie moderne suppose l'égalité de tous et que ce collectif formé par « tous », le peuple, détienne le pouvoir. Le pouvoir des représentants du peuple n'est légitime que s'il s'exerce *dans l'intérêt* du peuple : c'est là que se situe la limite posée à ce pouvoir. Un autre exemple : les parents sont les représentants légaux de leurs enfants. Ce pouvoir tire sa légitimité du fait que les parents sont censés être les mieux à même d'agir *dans l'intérêt* de leurs enfants et c'est également là que se situe la limite du pouvoir des parents.

6. **Le pouvoir** est d'abord la capacité d'agir sur les choses, puis, surtout sur autrui. La capacité d'influencer autrui, dans une relation déséquilibrée, se réalise grâce au désir (la « carotte », l'offre d'un gain) ou la crainte (le « bâton », la menace d'une perte). Classiquement cette distinction était reprise par l'opposition entre le pouvoir économique (pouvoir d'achat) : privé, et le pouvoir politique : public (pouvoir coercitif). Cette conception du pouvoir n'a plus cours en droit. La brutalité, la force ne sont pas en effet toujours du côté de la menace [32] . D'ailleurs, les principaux pouvoirs utilisent conjointement la menace et l'offre pour exercer leur contrainte [33] .

« Les différents phénomènes de pouvoir sont unis autour de la valeur négative, autour de l'aversion qui leur est associée [34] . » Et le principe de liberté et celui d'égalité conduisent à la condamnation du pouvoir car il leur porte atteinte. Le pouvoir sur autrui actualise l'inégalité ; le pouvoir comme principe de commandement entame la liberté de réflexion, de décision. Le pouvoir est d'emblée suspect, il doit se justifier et être limité. Finalement, la définition de la démocratie est presque un calque de ce qu'est l'aversion du pouvoir. Les traits juridiques essentiels de la démocratie sont le droit de vote avec le suffrage universel, le pluralisme, la division et l'encadrement juridique des pouvoirs, le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : ce sont des moyens juridiques pour assurer le respect de la liberté, de l'égalité et donc d'un pouvoir qui respecte ces deux principes. « Plus les pouvoirs s'exerçant au sein d'une société sont limités et plus intense est la démocratie [35] ».

Des visions plus ou moins larges de ce que doit être la démocratie et donc la limitation des pouvoirs coexistent : certains y ajouteront des principes tels que le respect du contradictoire, la motivation des décisions administratives, la transparence ; d'autres prévoient des limitations aux pouvoirs privés, par exemple l'interdiction des monopoles et des ententes, le pluralisme des médias, la liberté syndicale, le droit de grève.

Il existe des pouvoirs de *droit* et des pouvoirs de *fait*. Les pouvoirs de *droit* sont soutenus par la force du droit (les pouvoirs publics, l'autorité parentale, le pouvoir de l'employeur, le pouvoir des mandataires sur leur mandant).

Les pouvoirs de *fait* sont *tous* les autres pouvoirs : la position dominante d'une entreprise, les producteurs face aux consommateurs... Le droit ne régit pas toutes les situations de pouvoirs de fait, mais uniquement celles qui sont les plus flagrantes, les plus durables et les plus intenses. Un *contre-pouvoir* sera alors mis en place : des normes juridiques. Il demeure beaucoup de pouvoirs de faits qui répondent à la définition donnée (leur puissance) et qui pourtant ne sont pas encadrés par le droit, ou insuffisamment, par exemple, le pouvoir de la publicité, le pouvoir créé par les ententes et les positions dominantes, le pouvoir des acteurs de la grande distribution, le pouvoir de certains groupes de médias. Inversement, la protection du plus faible, en démocratie, a plutôt tendance à s'accroître ; la récente prohibition du harcèlement moral et du harcèlement sexuel ; le fait de détenir un pouvoir de fait sur autrui aggrave la plupart des infractions aux personnes. Le domaine qui a le plus développé la protection du plus faible est celui du droit des contrats, en créant notamment la théorie du *contrat d'adhésion* où la partie dominante est soumise à des obligations visant à protéger la partie dominée (le consommateur, le salarié, le profane face à l'expert...). Le droit de la concurrence (contrôle des concentrations, des ententes, des abus de position dominante) est le seul domaine du droit qui s'attaque directement aux puissances économiques les plus excessives ; c'est un moyen de rééquilibrage au profit des plus faibles [36] .

Le pouvoir juridique (ou pouvoir de droit) est intégré au sein du système juridique. C'est un moyen juridiquement reconnu de produire des effets de droit : il peut produire des actes juridiques et modifier ainsi l'ordonnement juridique, sans que le consentement du destinataire ne soit requis. Il peut produire des actes juridiques unilatéraux. Le pouvoir juridique des pouvoirs publics est reconnu sans problème. Il est plus problématique pour les pouvoirs privés, tels celui de l'employeur sur le salarié.

Le pouvoir juridique est une capacité de créer des normes juridiques, de modifier l'ordonnement juridique ; c'est une source de normes juridiques. Les règles de droit se caractérisent par trois attributs : la permanence, la généralité, l'abstraction. Il s'agit de la définition de *la loi*. En revanche, le contrat se caractérise par l'accord des volontés et son effet relatif : il ne peut créer d'obligations qu'à la charge des parties et non des tiers : il n'est ni général, ni permanent (le contrat prévoit son terme), ni abstrait (les parties sont nommées). Pourtant le contrat est également un acte de pouvoir juridique.

« Le pouvoir juridique n'est qu'un point intermédiaire. L'objectif final est le pouvoir réel, celui qui peut s'exprimer par tous les moyens. Il est un pouvoir de fait. [37] »

Il est utile de rappeler cette limite du pouvoir juridique, à savoir qu'il n'est pas le pouvoir suprême mais seulement un moyen au service soit du renforcement soit de la limitation des pouvoirs de fait. Limiter les pouvoirs de droit n'est donc pas non plus un objectif qui permet systématiquement de parfaire la démocratie : renforcer par exemple le pouvoir juridique des autorités de surveillance de la concurrence permet, par la lutte contre certains pouvoirs économiques de fait, de promouvoir la démocratie – la liberté et l'égalité.

« Si le pouvoir juridique méritait une place à part dans la typologie des pouvoirs, c'est que le moyen qui le définit et dont il use est le droit et que ce moyen n'est pas anodin. Il est sans doute le moyen des dominations les plus durables et les plus intenses. Mais il est aussi le mode d'expression privilégié de toute pensée démocratique, l'outil par excellence de toute recherche de réduction du pouvoir. [38] »

En cours de français juridique, il est important d'insister sur l'ambiguïté fondamentale du droit, qui n'est qu'un moyen, au service et/ou en lutte contre les pouvoirs de droit et les pouvoirs de fait. Cet exposé sur le pouvoir au sein des sociétés permet à notre avis, de bien appréhender la « réalité sociale », en intégrant l'économique, en repérant les relations complexes entre pouvoirs de droit et pouvoirs de fait (économiques). Les diverses positions prises sur le rôle, le sens que peut avoir le pouvoir juridique sur la société et l'économie sont ici clairement corrélées à la fois à des valeurs et à des implications sociales.

7. **Le droit**, au sens premier, est un « devoir » et plus précisément, une « norme » qui réclame une obéissance, qui en elle-même procure satisfaction. Mais la norme seule est faible, il faut un système normatif où chaque norme s'étaye l'une l'autre, pour stabiliser l'ensemble des normes. La stabilisation des normes engendre de la valeur normative, qui elle-même produit de la stabilité.

Le système normatif a besoin d'autres modes d'influence pour être effectif : un système de récompenses et de sanctions, le sentiment de culpabilité...

Il n'y a pas un mais une *pluralité* de systèmes normatifs : l'ordre mafieux, l'ordre moral, les religions, l'ordre juridique, qui ne sont pas d'une totale étanchéité. La pluralité des systèmes normatifs fait partie des attributs de la démocratie. Le système normatif nommé « droit » n'a pas une essence particulière, car la faculté de « fixer des devoirs, être appuyé par la contrainte et être doté de justiciabilité [39] » s'applique à tous les systèmes normatifs. Seulement, ce que nous nommons désormais « droit », est le système normatif de l'instance la plus puissante, c'est-à-dire l'Etat. Il faut se rappeler qu'en France coexistaient le « droit coutumier », le « droit canon » et le droit de l'Etat, trois systèmes normatifs qui étaient « en conflit, en concurrence les uns avec les autres, chacun réclamant la qualification de droit [40] ». Ce n'est qu'avec la suprématie de l'Etat que ce dernier a pu revendiquer le monopole du mot « droit ».

Aujourd'hui, le droit n'est plus l'apanage du seul Etat, il est l'émanation d'autres instances dirigeantes : l'Union européenne a forgé un système juridique qui s'applique aux systèmes des Etats membres ; la Charte des Nations Unies ratifiée par la plupart des Etats est la base du droit mondial sur laquelle se greffent une multitude de normes internationales. Aucun droit national n'est indépendant des autres systèmes juridiques. Chaque émetteur de droit (Nations Unies, Union Européenne, Etats, entreprises, parties contractantes) doit appliquer des normes qui sont issues d'une pluralité de sources et donc d'une pluralité d'émetteurs.

Le droit est devenu une valeur en lui-même, en dehors même d'une signification particulière donnée à une norme précise. Le droit pose des limites, des entraves aux valeurs suprêmes en démocratie que sont la liberté et l'égalité, mais ces limites constituent dans le même temps la condition du respect de ces deux valeurs. Sans le droit, chacun lutterait pour son propre intérêt et ce serait la guerre permanente. Dans l'intérêt de tous, le droit interdit la guerre de tous contre tous et la paix qu'il permet correspond réellement à l'intérêt de tous. Posant comme valeur suprême la liberté et l'égalité, le système juridique démocratique contient donc une valeur en lui-même. Cette idée est condensée dans la notion d'*Etat de droit* : l'Etat dans lequel chacun, y compris l'Etat, est soumis à la norme, l'Etat où existe donc un contrôle des pouvoirs de fait et de droit, et l'Etat où les droits fondamentaux des individus sont respectés. Pour Max Weber le droit était le principe même de la démocratie. L'approfondissement de la démocratie passe alors par la juridisation de la société.

La plupart des notions fondamentales du droit français, notamment celles d'*égalité*, de *liberté*, de *fraternité*, de *pouvoir* et de *droit*, reçoivent un écho particulier et sont souvent source de débats voire de polémiques en cours de français juridique car elles constituent des options idéologiques. La problématique d'un enseignement/apprentissage interculturel se pose ici dans toute son acuité. Nous posons que les valeurs fondamentales sont universelles et non nationales ou communautaires. Elles sont cependant définies par les nations et les communautés de manière particulière, en fonction du contexte dans lequel elles s'inscrivent.

Le questionnement didactique qui apparaît à ce stade est le suivant : comment mettre en œuvre un enseignement « humaniste » portant sur les valeurs fondamentales d'une (de) société(s), dont l'objet (les valeurs) ait une vocation universelle, dont les méthodes évitent l'ethnocentrisme et l'impérialisme, et qui ne tombe cependant pas dans le relativisme des valeurs. On sait depuis les Lumières à quel point l'universalisme et l'impérialisme peuvent faire bon ménage ; on connaît également, particulièrement depuis les années 1960-70, les pièges du communautarisme et du relativisme des valeurs. Ces deux positions sont toujours d'une actualité brûlante ; le défi consisterait, dans un cours de français langue étrangère centré sur les valeurs fondamentales, à s'engager dans une troisième voie.

8. **Le contrat** se caractérise en premier lieu comme l'expression de l'*autonomie de la volonté* : les parties contractantes décident pour elles-mêmes des obligations qui vont les lier. Elles ne disposent pas d'une autonomie absolue (comme il n'y a ni puissance, ni liberté, ni égalité absolues) car un ensemble de normes impératives s'imposent à elles. Mais, sans le consentement explicite des parties, il n'y a pas de contrat. La source du contrat est donc un accord de volontés et les effets du contrat sont relatifs, c'est-à-dire limités aux parties. L'effet relatif du contrat est ce qui le distingue le plus clairement de la loi qui, elle, s'impose à tous car elle est l'expression de la « volonté générale ». Le contrat n'étant que l'expression de la volonté des parties, il ne s'impose qu'à elles. L'autonomie de la volonté a ainsi pour conséquence l'effet relatif : les parties peuvent décider pour elles-mêmes et que pour elles-mêmes (effet relatif), non pour les tiers.

A l'origine, chez les Grecs et les Romains, le contrat n'avait rien à voir avec l'idée d'autonomie ou de liberté individuelle, mais son essence était dans la transmission réciproque de biens ou de droits, dans *la mutualité* de l'échange ; le fondement de sa force obligatoire se trouvait dans l'utilité des échanges et non dans l'autonomie. Cette vision utilitariste, si elle finit par mettre de côté le consentement, rend possible le travail forcé [41] .

Le droit des contrats est disséminé dans une multitude de codes, eux-mêmes soumis à la réglementation européenne et aux traités internationaux. Ce droit est constitué de restrictions à la liberté contractuelle. Il prend en compte le pouvoir de fait de l'une des parties sur l'autre partie, qui lui permet de dicter le contenu du contrat. Comment concilier le principe fondamental de « liberté » et cet encadrement du contrat ? Par la référence à Sieyès, qui, dans son *Préliminaire à la constitution*, en 1789, dit en substance qu'aucune « liberté » ne peut être invoquée dans le but de dominer autrui [42] .

La libre concurrence n'est pas un remède suffisant pour éliminer le pouvoir. D'ailleurs ce modèle n'est quasiment jamais réalisé, la plupart des marchés ne réunissent pas les conditions de libre concurrence : atomicité, homogénéité, liberté d'entrée et de sortie, transparence, mobilité des facteurs de production. Il y a toujours des acteurs dominants, et les intérêts des dominants sont de s'allier, de se partager le marché, de passer des ententes afin de

ne pas entreprendre une guerre trop risquée. Le droit ne doit donc pas se contenter d'autoriser la concurrence, mais l'imposer. Cela est extrêmement difficile [43] .

Globalement, celui qui dans un échange à un moindre intérêt en jeu (celui qui est en position de force, un employeur par exemple, pour qui prendre tel salarié ou tel autre n'a pas une grande importance, de toute façon l'échange aura lieu) peut imposer ses conditions à celui qui a le plus intérêt à l'échange (le salarié, dans notre exemple, car souvent l'enjeu pour lui sera ses conditions de vie). L'échange se réalisera donc aux conditions de la partie dont les besoins sont les moins forts (l'employeur) ; la satisfaction optimale des besoins les plus forts (le salarié) n'est pas réalisée. D'un point de vue économique, si l'on en revient aux Anciens, le contrat n'aura pas été réalisé avec son maximum d'utilité.

Le droit des contrats a pour objectif de corriger les inégalités les plus criantes entre cocontractants. Le « pouvoir » du droit sert à limiter le « pouvoir » économique de fait. Les principes fondamentaux du droit, les fondements de la démocratie (les textes issus de la Révolution de 1789) ainsi que des rudiments d'analyse économique – qui, ici, selon nous font partie du « référent » – se révèlent très utiles pour analyser les contrats, leur économie générale, savoir les situer dans des courants idéologiques, distinguer les intérêts en jeu, souvent contradictoires, antagonistes.

9. La propriété

Le droit de propriété qui est proclamé en 1789 est exclusif – personne ne peut venir troubler ce droit – et absolu – il porte sur l'usage, le produit et la jouissance de la chose. Cette conception s'opposait à la propriété d'Ancien régime où plusieurs personnes pouvaient être titulaires de droits distincts sur le même bien.

Depuis le XVIII^e siècle, les richesses se sont sans cesse dématérialisées, elles sont désormais constituées d'actions, d'obligations, de détention de marques ou de brevets, qui constituent des objets possibles du droit de propriété. La propriété s'applique à tous les objets dont on peut disposer ; par contre les droits subjectifs extra-patrimoniaux, qui eux sont incessibles et intransmissibles [44] , sont hors commerce.

La propriété, dans la logique de 1789, est un droit de l'homme. Une part irréductible est due à chaque individu, en tant qu'être humain ; elle comprend la dignité, la vie, la santé, la liberté, et l'autonomie, qui est réalisée par la possession minimale de biens. La propriété est ici *libératrice de servitude*, elle est un droit de l'homme. *A contrario*, lorsque la propriété est un moyen de domination d'autrui, elle ne peut plus être invoquée comme droit de l'homme. La « propriété autonome » et la « propriété dominante » ne reposent pas sur les mêmes valeurs et ne peuvent donc pas être invoquées de manière identique. La propriété d'une entreprise, « propriété dominante », n'est pas protégée de la même manière que la propriété d'un bien à usage personnel [45] . Les salariés en grève, occupant l'usine, exercent un droit ; les salariés en grève, occupant le domicile de l'employeur, commettent une faute lourde.

Une personne morale ne peut jamais invoquer un droit de l'homme en sa faveur. Elles peuvent être titulaires de certains droits subjectifs : de l'ensemble des droits patrimoniaux [46] (qui entrent dans le patrimoine) et de certains droits extra-patrimoniaux [47] : certains droits professionnels (liberté du commerce et de l'industrie), certains droits de la personnalité (droit au respect de sa réputation ; le droit sur son nom est pour une personne morale un droit patrimonial, au contraire de la personne physique). Les personnes morales n'ont aucune

valeur en elles-mêmes (du fait d'être une personne morale), ce sont des créations, des fictions juridiques et il n'est pas de minimum dû à une personne morale au nom de sa « valeur » ou de sa « dignité » [48] .

La propriété, notion clé en économie et en droit, repose elle aussi sur des valeurs, qui permettent de différencier des types de propriété, des situations juridiques différentes en fonction des valeurs qu'elles peuvent représenter au regard de la démocratie.

10. La responsabilité

Etre responsable, c'est répondre de ses actes : respecter la parole donnée dans le cadre d'un engagement contractuel (responsabilité contractuelle), réparer le dommage causé (responsabilité civile), être puni par la puissance publique lorsque l'on a violé la loi pénale (responsabilité pénale). Le principe de responsabilité implique l'identification d'un auteur – celui qui a agi – et d'un motif légitime permettant de lui demander de « répondre de ses actes » (il a signé un contrat ; il a commis un dommage ; il a violé la loi pénale). Dans les cas mentionnés ici, la responsabilité est attachée à un acte négatif (non respect du contrat ; dommage causé ; non respect de la loi pénale) ; elle peut être aussi liée à un acte positif : les parents, par l'« autorité parentale » dont ils sont titulaires sur leurs enfants, ont à la fois des droits et des obligations à leur sujet. Ils sont responsables de leur bien-être, de leur éducation : ils doivent donc accomplir des actes positifs pour ce faire.

La notion d'individu est centrale pour appréhender la responsabilité : c'est parce que l'homme est libre [49] , *a priori* non soumis à une autorité qu'il doit répondre de lui-même. La responsabilité est la contrepartie du pouvoir de l'individu sur lui-même. Ce raisonnement vaut également pour les personnes morales, les entités abstraites telles que l'Etat, voire le peuple [50] .

La responsabilité est un principe juridique qui s'est considérablement développé depuis un siècle. D'abord subjective et fondée sur la faute – et donc sur la morale -, à partir du XIX^e siècle apparaît une responsabilité objective (liée à l'objet et sa dangerosité) et fondée sur *la garantie des risques* [51] . Le dernier concept venu dans le champ de la responsabilité est le principe de précaution. Les sociétés occidentales sont désormais plus exigeantes à l'égard de ceux qui détiennent un pouvoir économique ou politique et « dont les décisions peuvent engendrer des risques pour la santé et l'environnement » [52] . Ce principe intègre l'aléa, l'incertitude, la pluralité des vérités ; il permet de redéfinir les relations entre sciences et droit. Il dicte une règle de conduite afin que les décideurs évaluent le risque, diffèrent les décisions qui entraîneraient des dommages graves et irréversibles, et prennent des mesures de protection adaptées, effectives et proportionnées lorsque la décision est prise.

La notion de responsabilité, ancrée dans la morale, fondée sur la liberté individuelle et faisant contrepoids au pouvoir, est un outils juridique central de régulation des relations sociales ; elle a prouvé son utilité et surtout son adaptabilité à un monde et un mode de prise de décision potentiellement dangereux, où les responsabilités, les savoirs, les pouvoirs sont éclatés, partagés, variables, difficilement vérifiables. L'éthique reprend ici du « service », elle encadre le rapport à autrui, renforce l'obligation du respect d'autrui : il ne s'agit plus de s'abstenir de lui causer un dommage, mais d'agir, de ne (pas) retarder l'adoption de mesures adaptées [53] .

[1] DOCKES E., *Valeurs de la démocratie*, éditions Dalloz, 2004, p.2.

[2] Les mots du droit ne servent pas en premier lieu à décrire mais à agir. Nommer une chose, en droit, c'est lui attacher des conséquences juridiques.

[3] DOCKES, p.1.

[4] Le principe de laïcité sépare le pouvoir temporel du pouvoir religieux, prescrit la neutralité des institutions vis-à-vis des religions. C'est un instrument qui permet de prendre en compte la diversité des identités, des valeurs et de favoriser le dialogue.

[5] DELMAS-MARTY M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel 2005, p.51.

[6] DOCKES, p.2.

[7] DEBRAY R., *Ce que nous voile le voile – La République et le sacré*, Gallimard, 2003.

[8] Ibid. d'après DEBRAY, p.18.

[9] Ibid., p.22.

[10] Ibid., p.33.

[11] Ibid., p.43.

[12] Cf. DOCKES, p.5 et 7.

[13] Cette conception de la liberté se rattache à la tradition philosophique humaniste et individualiste occidentale, qui place l'individu et sa volonté au centre, au fondement de la philosophie et du droit. Nous reverrons ce mécanisme à l'occasion de l'analyse de la notion de « contrat ».

[14] Elle figure dans l'article 1^{er} de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « les hommes naissent et demeurent libres... », l'article 2 cite la liberté parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Elle figure dans la devise de la République « liberté, égalité, fraternité », dans l'article 2 de la constitution de 1958.

[15] Par exemple, le préambule de la Constitution de 1946, toujours en vigueur, proclame que l'Etat a le devoir d'assurer « la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Donner un contenu à ces droits est une décision politique.

[16] DOCKES, p.30.

[17] L'obligation de moyens (faire tout son possible pour atteindre un objectif, sans que le résultat puisse être garanti ; par ex. l'obligation du médecin envers son patient) est opposée

à l'obligation de résultat (il faut atteindre un résultat précis sinon l'obligation n'est pas réalisée).

[18] Exercices n° 17 à 21, Annexe 1.

[19] Le principe d'égalité est un des apports fondamentaux du christianisme, qui ne différencie plus les humains selon les « races », les « peuples », les classes sociales.

[20] DOCKES, p.36.

[21] DOCKES, p.46. Liste tirée des articles L 125 du code pénal, L 122-45 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi du 6/07/1989 relative aux baux d'habitation.

[22] Ibid. p.53.

[23] La Constitution de l'an III, de 1795, définit la fraternité ainsi : « Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit ; faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir ».

[24] La fraternité est évoquée par des courants de pensée qui considèrent l'humanité comme une : le christianisme, l'humanisme issu de la Renaissance puis les Lumières.

[25] Art. 21 (droit au secours public, droit au travail) et art. 22 (droit à l'instruction) de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen mise en préambule de la Constitution de 1793.

[26] Préambule de la Constitution de 1848, art. VIII. - La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler.

[27] Préambule de la Constitution de 1946, art. 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Art. 11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Art. 12. La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. Art. 13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

[28] Le droit – et pas seulement le politique – a besoin de notions floues, difficiles à définir, telles *la faute*, *l'urgence*, *l'abus de droit*, *la fraude*, pour s'adapter à la réalité mouvante et complexe.

[29] C'est nous qui soulignons. Source : http://www.vivanteurope.org/doc/THEME/th9_1_fr.pdf

[30] CUSIN-BERCHE, *Le management par les mots – Etude sociolinguistique de la néologie*, L'Harmattan, 1998.

[31] DOCKES, p.177.

[32] Les pouvoirs de fait des grands acteurs de la distribution, des groupes de presse, par exemple, sont des pouvoirs économiques et/ou idéologiques et non des pouvoirs juridiques coercitifs. Leur puissance et la « brutalité » de leurs effets sont pourtant avérées.

[33] Par exemple, l'Etat ne se maintient pas principalement par la force, mais par les gains qu'il procure (sécurité, protection, services publics...). Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui lui donne le droit de licencier, est lui aussi associé à un pouvoir économique : celui de procurer des gains.

[34] DOCKES, p.69.

[35] Ibid., p.75.

[36] Même si parfois elle sert à l'encontre des syndicats.

[37] DOCKES, p.105.

[38] Ibid., p.106.

[39] Ibid., p.119.

[40] Ibid., p.121.

[41] L'utilité de l'échange ne suffit pas à qualifier la relation de « contrat ». Si une personne est au chômage, qu'on lui impose un travail qui ne correspond ni à ses qualifications ni à ses aspirations ni à sa volonté, au motif de l'utilité de l'échange, le « contrat » disparaît.

[42] Cf. note n°62.

[43] Par exemple, il est très ardu de prouver l'entente entre opérateurs ; il faut une investigation poussée au sein de plusieurs entreprises et prouver que l'état du marché résulte d'un accord et non de la « structure » du marché à tel instant, dans tel lieu.

[44] Pour une personne physique, il s'agit des droits intransmissibles et insaisissables : les droits familiaux, les droits civiques et politiques, les droits professionnels, les droits de la personnalité : intégrité physique, intégrité morale (respect de l'honneur, droit à l'image et respect de la vie privée), droit au nom.

[45] DOCKES, p.155.

[46] Il s'agit des droit réels : droit de propriété et droits réels accessoires (garanties) et des droits personnels (ou droits de créance).

[47] Cf. note n°111.

[48] DOCKES, p.155.

[49] D'après le « Code noir » de 1685, les esclaves dans les colonies françaises peuvent être poursuivis en matière criminelle (et donc punis), mais non en matière civile car dans ce cas ce sont les maîtres qui assument la responsabilité des esclaves et paient les dommages qu'ils ont causés, sauf « s'ils n'aiment mieux abandonner l'esclave à celui auquel le tort a été fait » (article 37). La situation de l'esclave du XVII^e au XIX^e siècle illustre bien la signification que revêt l'absence de responsabilité en matière civile : l'absence de personnalité juridique propre et bien entendu, la privation de droits subjectifs.

[50] Cf. La loi du 21 mai 2001 « tendant à la reconnaissance de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité » institue la « République française » comme sujet de cette action ; aucune responsabilité (donc aucune réparation) n'est cependant prévue comme conséquence de cette reconnaissance. La loi a pour but de garantir « la pérennité de la mémoire de ce crime ».

[51] Citons trois exemples : la réparation accordée aux victimes d'accidents de la circulation (ils seront indemnisés, même en cas de faute de la victime, ou d'absence de faute de l'auteur) ; la responsabilité du fabricant de produits défectueux ; la responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail.

[52] Cf. BOCQUILLON J.-F., MARIAGE M., *Droit*, Dunod, 2001, p.122.

[53] Article L 110-1 du code de l'environnement.