

Journée d'études de l'Institut d'études de droit public

La force du droit

APPEL À CONTRIBUTIONS

L'Institut d'études de droit public organise sa treizième journée d'études, qui se tiendra le vendredi 22 novembre 2019 à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud. Cette journée a pour vocation d'offrir une tribune aux jeunes chercheurs (doctorants, docteurs et maîtres de conférences récemment qualifiés), quel que soit leur domaine de spécialisation juridique – Droit public, Droit privé, Histoire du droit. Les actes de la journée d'études feront l'objet d'une publication dans le courant de l'année 2020.

« Force, n. f. : 1° Dans certaines expressions, contrainte de droit ou de fait (purement matérielle ou associée à la précédente) » (*in* G. CORNU, dir. Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 11e édition, 2016, p. 471). Il semble parfaitement impossible, à tout juriste qu'il soit, de distinguer le droit de sa force. Comment expliquer qu'un système se maintienne, si ce n'est en raison de la force qui le soutient ? C'est sur cette évidence que cette journée d'étude entendra se pencher.

La notion de force du droit revêt tant la signification de contrainte que celle d'efficacité. Il semble difficile de distinguer totalement les deux notions puisqu'une règle de droit peut (ou même doit ?) nécessiter l'intervention d'une certaine contrainte pour pouvoir produire ses effets et donc en tant que telle être considérée comme efficace. Sur l'efficacité, toute la *force* du droit réside dans le fait qu'il produise des effets. C'est d'ailleurs ce que la population attend de lui. La pratique législative française le démontre : il n'est pas rare (c'est un euphémisme) que face à une situation nouvelle, soit adoptée, ou abrogée, une loi, afin d'y répondre.

Cette journée d'étude n'entend cependant pas traiter du « droit de la force ». Est ainsi exclue la question de l'emploi de la force armée dans le droit, telle qu'elle est par exemple réglementée dans les conflits armés internationaux ou encore lors de l'usage qui en est faite par les forces de police (sauf, le cas échéant, son rôle de contrainte afin d'amplifier la force du droit).

I. La définition de la force du droit

Il semble que le droit détienne une force. L'organisation de la société ne peut être garantie que parce qu'il existe une capacité de réglementer, d'orienter les comportements. La question se pose alors de savoir, intrinsèquement, quelle est cette force ?

Si on prend le mot « force » au sens de contrainte, sur quoi celle-ci repose-t-elle ? Il pourrait s'agir d'un « droit du plus fort » avec une notion de verticalité dans la force. Le « plus fort » pouvant être rattaché à la notion de pouvoir c'est-à-dire d'une puissance détenue par un individu ou un groupe et qui lui permet d'imposer un certain nombre de règles. Cette puissance pouvant être liée à la force physique (par exemple : conquérir un territoire par les armes et y imposer son droit) ou au recours à la notion de sacré telle la puissance du roi sous l'Ancien Régime.

La force du droit pourrait également être tirée d'une morale commune. C'est en raison du partage, par une société, d'une vision commune, que sera décidé son organisation autour de cette vision, et l'établissement de règles de droit pour la perpétuer.

Se pose d'ores et déjà la question d'une règle ayant force de droit (au sens effectivité) mais sans contrainte. C'est l'exemple topique du droit international dans lequel les différents États sont placés sur un même plan horizontal, ou simplement de toutes relations contractuelles. La force du droit réside alors d'abord dans l'accord de volonté. De cet accord naît la « force obligatoire du contrat ». C'est toutefois faux de dire que le droit en est exclu puisqu'il peut venir, d'une part, organiser les rapports entre les personnes, ou, d'autre part, venir en renfort d'une violation de cet accord de volonté.

II. L'origine temporelle de la force du droit

La deuxième question qui se pose à propos de la force du droit, outre le fait de savoir quelle est-elle, est de connaître son origine, au sens de temporel. Au-delà du moment où la règle devient effective, se pose la question d'où le droit tire-t-il sa force ? Qui est-ce qui, ou qu'est-ce qui, fait qu'une règle juridique va par la suite produire des effets ?

La première hypothèse pourrait être le moment d'adoption de la norme législative ou réglementaire. Un organe, normativement établi (par la Constitution, une loi, un règlement etc.), donc finalement tirant sa compétence d'une autre règle de droit, adopte une norme. La production des effets de droit pourrait alors être liée soit au respect d'une procédure (adoption par vote, promulgation, publication au journal officiel etc.) soit à la souveraineté que l'organe incarne. Par exemple, le Parlement représente le peuple, et c'est

parce qu'il agit au nom du peuple que les lois qu'il adopte doivent être respectées ensuite par l'ensemble de la population. C'est d'ailleurs une particularité du droit : il règle les conditions de sa propre formation.

La deuxième hypothèse serait le moment où la norme peut effectivement produire des effets. C'est-à-dire que la force du droit viendrait de l'attribution de moyens (techniques, financiers, humains, etc.) à des personnes *afin qu'elles* puissent appliquer les règles de droit. À quoi bon, par exemple, obliger chacun à détenir des papiers prouvant son identité, s'il n'y a, de la part de l'État, aucun service mis en place pour établir ces documents ou encore en vérifier la véracité.

La force du droit pourrait également résulter d'une adhésion sociale et dépendre de la réception de la norme par la population. Cette possibilité fait alors interroger sur le formalisme : est-ce que c'est au moment de la transcription de la norme sur le papier (aussi informatisé soit-il aujourd'hui) qu'elle reçoit « force de » ou d'une réception sociale ?

À propos de l'adhésion sociale, il ne semble toutefois pas que l'entière population doive nécessairement adhérer à la norme. En effet, une règle de droit peut être accompagnée de sanctions afin de contraindre les réfractaires à la respecter.

Est-ce qu'il pourrait alors y avoir des normes ayant force de loi sans aucune transcription écrite ? Pourrait-il y avoir des normes sans force parce que la population n'y adhère plus ? On pense à cet égard notamment à l'obligation, récemment abrogée, pour les femmes de demander l'autorisation en préfecture de porter un pantalon. Et du coup, à l'inverse, est-ce que ce n'est pas la volonté populaire qui inciterait à des transformations législatives ?

Cette partie interroge finalement sur la notion de contrainte, qu'est-ce qui fait qu'une norme de droit va être adoptée ? Qu'est-ce qui fait également qu'elle sera respectée ? Au-delà de la contrainte physique (exemple : peine d'emprisonnement en cas de commission d'un délit) ce peut être une contrainte psychologique (intégrer la société, adhérer à un « bien commun », contraintes diplomatiques etc.).

L'origine de la force du droit interroge également, nécessairement, sur la notion de légitimité. Si une règle de droit produit des effets, n'est-ce pas parce qu'elle est reconnue comme légitime ? Dès lors, la question de la légitimité peut se reporter d'une part sur le fond du droit, d'autre part sur la forme et notamment sur la question de la compétence de l'organe institué à cet effet.

III. Les effets de la force du droit

La création d'une règle de droit interroge enfin sur son application et sa production d'effets. C'est au sens d'efficacité que doit être ici entendue la « force du droit », c'est-à-dire produire les effets dans le but recherché. Qu'est-ce qui explique que la règle de droit puisse produire des effets ?

Il est possible de se demander si l'efficacité du droit ne reposerait pas sur une fiction. En effet, un droit qualifié de « dur » pourrait ne pas être appliqué en raison d'une opposition des personnes concernées. Par exemple, certains rectorats ont, dès à présent, indiqué qu'ils n'appliqueront pas des frais d'inscription aux universités distincts entre les étudiants ressortissants de l'Union européenne et ceux hors Union européenne et ce malgré la volonté du Gouvernement en ce sens.

À l'inverse, se situe le « droit souple », dans lequel un texte (discours politique, recommandation, communiqué de presse etc.) peut se retrouver à produire des effets. En raison de ceux-ci, on pourrait dès lors, lui reconnaître une juridicité, quand bien même l'acte n'avait pas *ab initio* valeur juridique. On pense également aux codes de bonne conduite adoptés par des entreprises et qui n'avaient initialement aucune valeur juridique.

La notion de force d'un texte emmène, en toute logique, sur le terrain du juge. Celui-ci détient en effet un rôle essentiel pour faire produire ses effets à la règle de droit en cas de contentieux. En effet, non seulement il est en charge d'appliquer la règle, c'est-à-dire de l'interpréter et donc de définir la force exacte qu'elle contient ; mais il est également en charge de définir le champ d'application de la règle et

ainsi, peut, à ce propos, refuser de l'appliquer. Tel sera ainsi le cas si le juge affirme qu'un traité est dépourvu d'effet direct, si un délai de prescription est forclos etc.

Enfin, la question des effets permet de s'interroger sur les limites de la force du droit. Elle peut tenir d'abord à l'adhésion sociale, comme il a été dit auparavant, mais également aux phénomènes de crises qui peuvent démontrer l'inefficacité du droit, ou son insuffisance de force nécessaire pour surmonter la crise. Existe-t-il réellement des limites à la force du droit ? S'il ne répond pas à une situation, était-ce par manque de force ? ou simplement parce que ce ne sont pas les bonnes règles qui avaient été adoptées ?