

COURS N°3

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

L'ambiguïté du droit positif entre édicition et application, A la recherche de ce qu'est le « droit positif »

- ✓ Prévalence de l'amont de la loi : légitimité de ceux qui adoptent les textes et dévalorisation corrélative des pouvoirs illégitimes (technocrates, juges, organes européens, etc.)

L'ambiguïté du droit positif entre édicition et application

- ✓ Aujourd'hui, conception pragmatique du droit comme instrument de l'Etat, du juge ou des parties au contrat.
- ✓ Le droit est un outil (*toolbox*) pour obtenir un effet : le droit est positif dans la mesure où il est appliqué et dans la mesure où son application produit les effets pour l'obtention desquels la loi a été adoptée.

L'ambiguïté du droit positif entre édicition et application

- ✓ Implication : désuétude de fait des lois inefficaces, nécessité accrue des évaluations législatives,
- ✓ Retour de la notion classique de nécessité de la loi : proposition du Conseil d'Etat dans son rapport annuel 2006 consacré à la sécurité juridique d'une étude d'impact préalable de tout projet de loi
- ✓ Principe méthodologique majeur : la proportionnalité

La nature comme limite à l'artificialité du droit (le droit comme artefact)

✓ Pouvoir du droit et fictions juridiques :

- L'exemple de la présomption de paternité : Art 312 Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».
- L'exemple de la personnalité morale : Civ., 28 janvier 1954, *comité d'établissement de Saint Chamond*
« attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

La nature comme limite à l'artificialité du droit (le droit comme artefact)

- ✓ Les limites à l'artificialité du droit : le droit naturel :
 - La nature physique et la part qui revient à chacun : le droit comme partage équitable
 - La concrétisation des prérogatives naturelles : les droits de l'homme comme droit naturel moderne

TROISIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT OBJECTIF ET LES DROITS SUBJECTIFS

- ✓ La distinction de la règle et de la prérogative
- ✓ La bataille de préséance entre les deux autour de la question des droits de l'homme
- ✓ La subjectivisation des systèmes juridiques

TROISIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT OBJECTIF ET LES DROITS SUBJECTIFS

- ✓ Les trois générations de droits de l'homme
 - ✓ 1^{ière} génération : les droits supports des libertés individuelles, Déclaration de 1789
 - ✓ 2^{ième} génération : Les « droits créance » économiques et sociaux, préambule de la Constitution de 1946, droit au logement ? Droit au bonheur ?
 - ✓ 3^{ième} génération : Les « droits solidarité » ou droits pour autrui : droit au développement, droit à un environnement sain

TROISIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT OBJECTIF ET LES DROITS SUBJECTIFS

- ✓ Les droits de ...
- ✓ Les droits à ...
- ✓ La règle et l'Etat au service des droits : Ex du « défenseur des Droits », loi organique du 23 mars 2011, voir Blog MAFR : Actualisation du blog <http://mafrisonroche.phpnet.org/spip.php?article122>

QUATRIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE LEGISLATEUR ET LE JUGE

- ✓ Celui qui exprime la volonté générale par des règles générales
- ✓ Celui qui résout des difficultés particulières par des solutions particulières
- ✓ Les oppositions de culture politique : monde romaniste et monde de *common Law*

QUATRIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE LEGISLATEUR ET LE JUGE

- ✓ La relativité de la distinction quant au caractère général des lois : sociologie de la loi réactive
- ✓ Réalité de l'arrêt de principe qui transforme et crée un pan entier du droit : Tribunal des Conflits *Blanco* 8 février 1873 ;, Ch. Réunies, *Jand'heur* 13 février 1930
- ✓ Retour et adaptation naturelle du droit à la société, ici au caractère dangereux des machines.

QUATRIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE LEGISLATEUR ET LE JUGE

- ✓ Dialectique avec la loi : loi Badinter du 25 juillet 1985 d'indemnisation aux victimes d'accidents de la circulation.
- ✓ Le dépassement de la distinction avec l'avènement en France d'une « Cour suprême » par la question prioritaire de constitutionnalité par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, nouvel article 61-1, de la Constitution.

QUATRIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE LEGISLATEUR ET LE JUGE

✓ Problème de l'application de la loi dans le temps de ce type de décisions :

Exemple de la garde à vue : Décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 rendue sur question prioritaire de constitutionnalité

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Le droit romain comme masque du corps : émergence de la notion de personne (personae)
Baud, Jean-Pierre : *l'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps humain*
- ✓ Identité du sujet de droit et de la personne
- ✓ Conception abstraite comme aptitude à être titulaire de droits et d'obligations

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Prégance d'une vision catholique et cartésienne de la personne qui s'oppose au corps et qui domine un monde constitué par des choses.
- ✓ Fondement de l'opposition artificielle entre la personne et les choses, et impossibilité de situer le corps humain car le corps humain et une chose alors que je suis mon corps et une personne.

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Retour récent vers la réalité des personnes, c'est à dire vers leur corps et vers les êtres humains.
- ✓ Réaction contre la disponibilité totale des corps par ordre du droit : exemple de l'esclave = corps mis sur un marché
 - ✓ Prostitution
 - ✓ Sadomasochisme CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c/Belgique*

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Transformation de la notion abstraite de personne vers la notion concrète d'être humain et naissance par les lois du 29 juillet 1994 de la notion de dignité de l'être humain.
- ✓ Nouvel article 16 du Code civil : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Affrontement du droit face à ce qui est essentiel pour l'être humain, la vie et la mort.
- ✓ Paradoxe du fait que la mort n'est pas définie par une norme « noble » du système juridique : cela s'explique par l'abstraction de la personne.
- ✓ Définition de la mort par la circulaire Jeanneney du 24/04/1968 qui retient deux encéphalogrammes plats, critère médical inexact.
- ✓ Statut et caractère sacré du cadavre humain (sépultures)

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

✓ L'affaire *Our Body*, exposition de cadavres humains interdite à Paris

CA Paris 30 avril 2009 : « La protection du cadavre et le respect dû à celui-ci commandent de rechercher si les corps exposés ont une origine licite et s'il existe un consentement donné par les personnes de leur vivant sur l'utilisation de leur cadavre ».

Cass. Ière civ. 16 septembre 2010 : « aux termes de l'article 16-1-1, al 2 du Code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence , que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ».

Voir Blog MAFR : <http://www.mafr.fr/spip.php?article638>

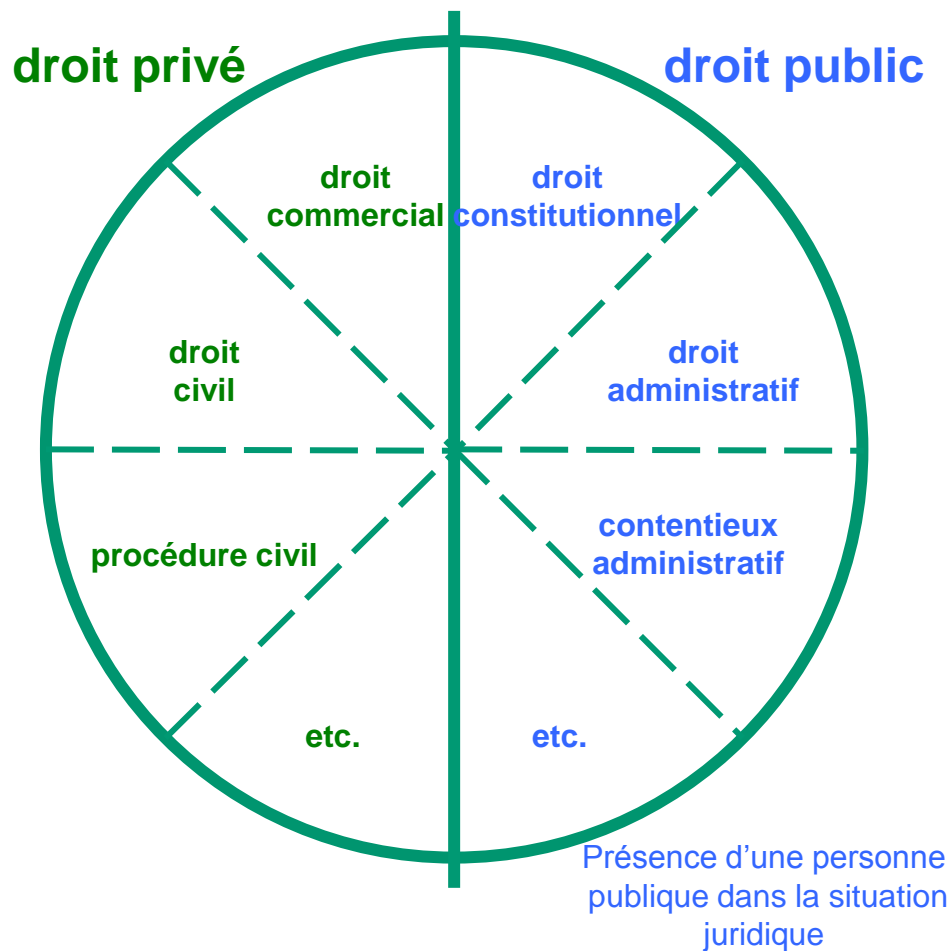
CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES

- ✓ Problématique de la puissance du consentement à laisser les autres disposer de soi
- ✓ La vitalité des éléments dissociés du corps humain :
 - ✓ les greffes d'organes,
 - ✓ les essais thérapeutiques sur la personne.
- ✓ Difficulté du droit à suivre et à limiter les progrès techniques d'une part, les besoins et envies sociales d'autre part : la loi du 7 juillet 2011 sur la bioéthique.

SIXIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVE

- ✓ La dualité injuste des solutions pour des situations semblables
- ✓ La métaphysique française de la distinction du droit public et du droit privé
- ✓ La nouvelle figure du système juridique :
L'unité du système juridique

La précédente dualité du système :
public versus privé



La nouvelle unité substantielle du système :
les droits fondamentaux.

