

Leçon n°6

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Section II : L'espace du droit et les autres espaces normatifs

Plan :

A. Droit, religion et morale

B. Droit, société et économie

A. Droit, religion et morale

1. Autonomie et interférence des systèmes normatifs
 - ✓ Le droit comme système technique neutre d'organisation. (nombre d'associés, circulation à droite, etc.).

A. Droit, religion et morale

1. Autonomie et interférence des systèmes normatifs

Le droit comme système de valeurs en ce qu'il les tient en dehors du droit. Ex :

- Avis du Conseil d'Etat sur le port du voile à l'école, 27 novembre 1989
- Ass. Plén., 19 mai 1978, *Institution Roy C/ Ste Marthe*
- Civ. 3^{ième}, 8 juin 2006, affaire dite de la Soukka

2. Le droit comme gardien des valeurs

✓ La part de la morale dans le droit

Théorie de l'abus de droit :

Req., 3 août 1915, Clément-Bayard.

Article 544 du Code civil :
La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements

Article 1382 du Code civil :
Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer

2. Le droit comme gardien des valeurs

✓ La fraude corrompt tout : *fraus omnia corrumpit*

✓ Exemple

- Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*,
- Hypothèse des mariages blancs
- Enjeu plus général de l'optimalisation fiscale Versus abus de droit

✓ La question du pluralisme des valeurs et du relativisme :

Raymond Boudon, John Rawles

B. Droit, société et économie

1. Droit et société

Le droit exprime et modèle la société

Exemple du droit de la famille

- ✓ La famille en droit romain, sphère de puissance juridique davantage que d'ordre juridique :
 - Puissance paternelle
 - Incapacité de la femme mariée jusqu'en 1948
 - *Pars molieris*
- ✓ La famille en 1804 : institution gardée par l'Etat et le juge
 - Déclin institutionnel et imitation institutionnelle (Pacs)
 - Lien contractuel de conjugalité
 - Autonomie des individus et conflictualité
 - Dissociation de la conjugalité et de la parentalité

1. Droit et société

Exemple de traductions juridiques d'une évolution sociale : le transsexualisme

✓ Evolution jurisprudentielle :

- Remise en cause de l'institution de l'état civil par la remise en cause de l'identité sexuel : le reconnaissance du transsexualisme.
- Civ. 1^{ière}, 21 mai 1990
- CEDH, 25 mars 1992
- Ass. Plén., 11 déc. 1992, deux arrêts
- Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012
- TGI Brest, 15 déc. 2011 ; Rennes, 16 octobre 2012

✓ Evolution législative ?

- situation française *De lege ferenda*
- Loi danoise de 2011

1. Droit et société

Nouvelle conception de la famille aujourd'hui entre **institution et contrat** :

- ✓ Diversification de méthode de naissance du lien:
 - Le mariage (art. 63 du Code civil)
 - Le concubinage
 - Le Pacs : Article 515-1 du Code civil
 - Conseil Constitutionnel, QPC, 28 janvier 2011

- ✓ Diversification de méthode de dissolution du lien :
 - Pluralité des divorces (pour faute, rupture de la vie commune, par consentement mutuel). Article 230 du Code civil : convention homologuée judiciairement
 - Protection du concubin (théorie de la société créée de fait) : article 515-8 (union de fait)
 - Dissolution du Pacs : article 515-7 (choix unilatéral du mariage avec autrui)

1. Droit et société

Nouvelle conception de la famille aujourd'hui entre institution et contrat :

- ✓ Le mariage, comme un contrat entre deux individus :
 - La disponibilité de la relation à la volonté
 - L'exemple de l'obligation de fidélité
 - L'obligation de s'aimer ? Lyon, 17 octobre 2011
- ✓ Organisation « contractuelle du divorce »
 - Le consentement mutuel, mais l'absence de répudiation
 - La convention judiciairement homologuée, relative à l'autorité parentale (Art 373-2-7 du Code civil)
- ✓ Maintien de l'exigence de la présence d'un juge pour dissoudre le mariage

2. Droit et économie

Préalable : les rapports problématiques entre le droit et l'économie

- L'exogénéité des règles juridiques, par rapport à la « loi du marché » (rencontre de l'offre et de la demande)
- Nécessité absolue du droit pour le fonctionnement du marché : le contrat, préalable neutre de l'échange
- La tendance à l'instrumentalisation du droit au service du marché : le droit comme forme juridique de la loi du marché
- Protestation au nom d'un droit non mécanique (dogmatisme revendiqué par Alain Supiot)

2. Droit et économie

4.1 : Le droit économique de la concurrence, socle du droit européen :

- l'économie, masque de l'unité du projet politique européen
- Les 3 libertés de circulation, des capitaux, des personnes et des marchandises
- La sanction *ex post* des comportements anticoncurrentiels
- le contrôle *ex ante* des concentrations.
- La montée des mécanismes *ex ante* des institutions et des règles de régulation

4.2 : Le droit ordinaire requis par l'économie de marché :

- Contrat et responsabilité (« Code civil européen »)
- Office juridictionnel (juge, arbitre)
- Voies d'exécution

4.3 : Conséquences de l'adhésion du droit au modèle du marché :

- Remise en cause des monopoles publics nationaux
- Contrôle des déficits publics dans la zone euro
- Dégradation de qualification des entreprises publiques
- Opposition de valeurs (service public *versus* concurrence ?)
- Mise en place d'un système probatoire : principe de concurrence / exceptions justifiés

4.4. : Droit et crise économique

- ✓ La crise des *Subprimes* et l'absence d'autodiscipline des marchés
- ✓ L'enchevêtrement des branches du droit (droit des crédits, des sûretés hypothécaires et des voies d'exécution) et l'effet domino du marché financier global
- ✓ Nouvel objet du droit, la crise (le risque réalisé)

4.5 : La pénétration dans le droit des valeurs et méthodes économiques

- ✓ Le critère de l'efficacité du droit :
 - Le droit de la concurrence
 - L'évaluation du droit (*Doing business*)
 - Les juriste *manager*

- ✓ La dispute autour de l'analyse économique du droit :
 - L'analyse économique descriptive du droit (Richard Posner)
 - L'analyse économique normative du droit