

Leçon n°2

# LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# L'hypothèse de « l'anti-droit »

Le droit à double tranchant :

✓ Le légalisme des systèmes totalitaires : l'exigence absolue du droit nazi de conformité à la loi.

Ex. contraire du mécanisme de l'opportunité des poursuites.

✓ Le danger de tous les positivismes

✓ Le positivisme social

✓ Le positivisme économique :

la « loi du marché », la montée en puissance du positivisme économique par le biais de la globalisation, l'enjeu de la régulation du positivisme économique.

# L'Hypothèse de « l'anti-Droit »

**Illustration du droit pavé de bonnes intentions,  
blessant les libertés publiques qu'il voulait protéger**

- ✓ Civ. 1<sup>ière</sup>, 27 février 1951, *Branly* ; Carbonnier : *Le silence et la gloire*
- ✓ TGI Paris, 8 juillet 1981, *Faurisson*
- ✓ Loi du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, dite *Loi Gayssot*,
- ✓ Loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915,  
Art 2 : « Seront punis comme indiqué à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi l'existence du génocide arménien de 1915 ».

## L'Hypothèse de « l'anti-Droit »

### Illustration du droit pavé de bonnes intentions

- ✓ Loi du 23 février 2005 *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés*,  
Art 4 : « *Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit* ».
- ✓ Décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2006 : cette décide cette disposition législative a un caractère réglementaire.
- ✓ Décret du 15 février 2006 : abrogation de la disposition.

## L'Hypothèse de « l'anti-Droit »

Illustration du droit pavé de bonnes intentions

- ✓ Loi votée en janvier 2012 *visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.*
- ✓ Décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012.
- ✓ Incertitude sur la constitutionnalité de la loi du 29 janvier 2001

## L'Hypothèse anti-Droit »

Illustration du droit pavé de « bonnes intentions :

### Ex de la question du port du voile intégral, la Burqa

- ✓ Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989 *sur le port du voile à l'école,*
- ✓ Etude du Conseil d'Etat du 30 mars 2010 sur les possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral,
- ✓ Décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010,
- ✓ Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010.

## **DEUXIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT POSITIF ET LE DROIT NATUREL**

### Plan

- ✓ L'ambiguïté même du droit positif : entre édicition et application
- ✓ La nature comme limite à l'artificialité du droit

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

Tautologie : le droit positif est le droit posé

- ✓ La loi est effective du seul fait qu'elle est adoptée (positivisme juridique), associée au légicentrisme français



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

### **✓ Désuétude de la loi : Dépénalisation de l'homosexualité**

loi du 4 août 1982 supprime de l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal qui visait « quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même sexe ».

Difficulté : opacité de la catégorie « mineur »

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

- ✓ Résistance de la société :
  - ✓ pratique de l'avortement,
  - ✓ le procès politique de l'avortement,  
Trib correct Bobigny, 8 novembre 1972,
  - ✓ loi du 17 janvier 1975, *relative à l'interruption volontaire de grossesse.*

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

## **✓ La société mène-t-elle le droit ?**

Exemple du mariage homosexuel :

- Civ, 1<sup>ière</sup>, 13 mars 2007,
- Cons. const., 28 janvier 2011.

## **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
- ✓ Loi organique du 15 avril 2009, modifiant la Constitution et visant à imposer les études d'impact
- ✓ Décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 2009, invalidant l'**obligation** d'études d'impact pour tout projet de loi
- ✓ Principe méthodologique majeur : la proportionnalité

# L'ambiguïté du droit positif entre édicition et application

- ✓ Principe méthodologique majeur : **la proportionnalité**
  - La proportionnalité dans les textes, assurée par la hiérarchie des normes
  - La proportionnalité dans l'usage que le juge fait de ses pouvoirs
  - Un renouveau par le pragmatisme rationnel du principe révolutionnaire de la nécessité de la loi

# 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<sup>ière</sup> génération : les droits supports des libertés individuelles, Déclaration de 1789
  - ✓ 2<sup>ième</sup> génération : Les « droits-créances » économiques et sociaux, préambule de la Constitution de 1946, droit au logement ? Droit au bonheur ?
  - ✓ 3<sup>ième</sup> 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 : Exemple du *Défenseur des droits*