

Leçon n°4

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°4

Les sources du droit : primauté de la loi versus le pouvoir caché du juge
et la jurisprudence

Plan de cours de la leçon n°4

SECTION I. LA SOURCE TRADITIONNELLE DU DROIT LEGITIME ET GENERAL : LA VOLONTE REPUBLICAINE

A. Le principe traditionnel du pouvoir législatif tout puissant

1. Les principes politiques de la Révolution Française
 - La loi comme expression de la volonté générale
 - L'autosuffisance de la volonté législative et de l'imputation des effets juridiques
2. La traduction du système dans la technique juridique : l'article 5 du Code civil et l'articulation avec la hiérarchie des normes
 - L'article 5 du Code civil

Plan de cours de la leçon n°4 (suite)

- Le ciment de la distinction de la *Common Law* et de la *Civil Law*
 - Le système des précédents
 - L'enracinement historique de la *Common Law*,
 - Rupture si *ratio decidendi* évolue

B. Le juge, personne « mécanique », serviteur de la loi

1. Le statut neutre du juge par rapport à la lettre et à la volonté du législateur
 - Le lien politique dans l'application de la loi
 - La puissance de l'interprétation : l'« invention » de l'article 1384, al.1 du Code civil
2. La puissance cachée de l'interprétation
 - La disponibilité des interprétations
 - Exemple de l'article 1384 a.1 du Code civil

Plan de cours de la leçon n°4 (suite)

SECTION II. LE POUVOIR CACHE DU JUGE ET LA JURISPRUDENCE

A. La jurisprudence, source effective du droit

1. L'article 4 du Code civil

- L'article 4 dans son articulation avec l'article 5 du Code civil
- Le juge, « législateur particulier »
- Un nouveau droit fondamental : l'accès au juge pour avoir l'accès au droit

2. La relativité de la distinction entre systèmes juridiques

- La jurisprudence comme autorité dans les pays de *civil Law*
- Les *Restatments* et les *Regualtions* dans les pays de *Common Law*

Plan de cours de la leçon n°4 (suite)

B. Le pouvoir du juge comme gardien de la hiérarchie des normes

1. La hiérarchie des normes issue de la conception de Kelsen

2. L'affirmation prétorienne de la prévalence communautaire
 - Affirmation communautaire de la prévalence communautaire
 - Affirmation française de la prévalence communautaire

3. L'affirmation de la prééminence de la norme fondamentale française
 - L'extension de la compétence *ratione materiae*
 - L'extension de la compétence dans le temps : la QPC
 - L'affirmation de l'identité constitutionnelle française
 - La résolution du conflit entre norme constitutionnelle et norme communautaire

Plan de cours de la leçon n°4 (fin)

C. L'articulation des normes selon un système dialogal

B. Le possible « gouvernement des juges »

1. La cristallisation autour du Conseil constitutionnel

- Les pouvoirs du Conseil constitutionnel et l'accès au contrôle de constitutionnalité
- La découverte et la hiérarchisation des principes

2. Les dialogues entre les sources du droit

- Conception dialogale et non pas hiérarchique des sources du droit
- Dialectique et affrontement
- L'« affaire » *Perruche*

SECTION I. LA SOURCE TRADITIONNELLE DU DROIT LEGITIME ET GENERAL : LA VOLONTE REPUBLICAINE

A. LE PRINCIPE TRADITIONNEL DU POUVOIR LÉGISLATIF TOUT PUISSANT

1. Les principes politiques de la Révolution Française

- La loi comme expression de la volonté générale
Art. 6, Déclaration de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ».
- L'autosuffisance de la volonté législative et de l'imputation des effets juridiques (Kelsen ; exemple : article 1382)

2. La traduction du système dans la technique juridique

- ✓ L'article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises ».
- ✓ Le ciment de la distinction de la *Common Law* et de la *Civil Law*
- ✓ Le système des précédents
- ✓ L'enracinement historique de la *Common Law*
- ✓ Cour suprême des Etats Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison* : spécificité du contrôle diffus et *Judicial Review*

B. LE JUGE, PERSONNE NON AUTONOME SERVITEUR DE LA LOI

1. Le statut neutre du juge par rapport à la lettre et à la volonté du législateur

Montesquieu : « Le juge est la bouche de la loi »

- Le lien politique dans l'application de la loi
 - L'interprétation exégétique des textes et la reconstitution de la volonté du Législateur

2. La puissance cachée née des techniques de l'interprétation

- ✓ La disponibilité des interprétations
- ✓ L'invention de l'article 1384, al 1^{er} du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».
- ✓ Interférence du contexte technique et social :
Chambre réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*

La puissance cachée de l'interprétation :

- ✓ Interférence du progrès technologique et du contexte moral :
 - Ass plén, 31 mai 1991, arrêt dit « des mères porteuses ». Utilisation de la procédure de l'*amicus curiae* (recours au Professeur Jean Bernard)
 - loi de 1994 : nouvelle article 16-7 du Code civil
 - Cons. Constit., 17 mai 2013 sur la loi *ouvrant le mariage au couple de personnes de même sexe*
 - Civ. 1ère, 13 septembre 2013, *Procureur général de Rennes c/ M .X. et autres*
 - *De legue ferenda ?*

SECTION II : LE POUVOIR CACHE DU JUGE

A. LA JURISPRUDENCE, SOURCE EFFECTIVE DU DROIT

1. L'article 4 du Code civil :

- « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».
 - Articulation de l'article 4 avec l'article 5 du même Code.
 - Doyen Carbonnier : le juge « législateur particulier »
- Le pouvoir du juge, conséquence de la protection de chacun contre le déni de justice

A. LA JURISPRUDENCE, SOURCE EFFECTIVE DU DROIT

- Un nouveau droit fondamental : l'accès au juge pour l'accès au droit.

- Conseil Constitutionnel, 9 avril 1996 *relative au statut d'autonomie de la Polynésie française* :

Considérant 83 : référence à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

A. LA JURISPRUDENCE, SOURCE EFFECTIVE DU DROIT

2. La relativité de la distinction entre les systèmes juridiques :

- La jurisprudence comme autorité dans les pays de *Civil Law*
- Les *Restatements* et *Regulations* dans les pays de *Common Law*

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

1. La hiérarchie des normes issue de la conception de Kelsen :

- **Article 54 Constitution de 1958 :**
Obligation de réviser la Constitution avant que le législateur n'autorise l'intégration de l'engagement international de l'Etat dans l'ordre interne si celui-ci était contraire à la Constitution .
- **Article 55 de la Constitution de 1958 :**
Les traités internationaux ratifiés ou approuvés ont une autorité supérieure à celle des lois.

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

2. L'affirmation prétorienne communautaire de la prévalence communautaire :

- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre Enel* : affirmation de l'Europe communautaire comme un ordre juridique propre et intégré au système juridique des Etats membres. Le droit communautaire s'impose à leurs juridictions.

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

2. L’AFFIRMATION PRÉTORIENNE COMMUNAUTAIRE DE LA PRÉVALENCE COMMUNAUTAIRE :

- Arrêt CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal* : «le juge national charge d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l’obligation d’assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu’il y ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel. ».

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

- L'affirmation prétorienne française de la prévalence communautaire :
 - Chbre Mixte, 24 janvier 1975, *Jacques Vabres*
 - CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

3. L'affirmation de la prééminence de la norme fondamentale française :

- Le nouveau front d'attaque du légicentrisme
- La puissance doctrinale de Kelsen et le relai de Charles Eisenmann, à l'origine des systèmes européens (unicité du contrôle par une Cour *ad hoc*)
- L'évolution de l'emprise du pouvoir du Conseil constitutionnel
 - L'élargissement des normes sur lesquelles le contrôle est exercé (bloc de constitutionnalité) : décision 16 juillet 1971, sur la loi *relative à la liberté d'association*
 - « découverte » de nouvelles normes juridique : exemple de la sécurité juridique
 - Extension du contrôle de constitutionnalité dans le temps : de l'*a priori* à l'*a posteriori* : la QPC
- **Art. 61-1** : le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, au bénéfice des justiciables et du système juridique
- **Art. 62 al. 2** : pouvoir de retarder la date d'abrogation de la disposition législative déclarée *a posteriori* inconstitutionnelle

B. LE POUVOIR DU JUGE COMME GARDIEN DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

3. L'affirmation de la prééminence de la norme fondamentale française :

- L'aporie d'un conflit entre les deux hiérarchies des normes : quelle « norme fondamentale » le juge doit-il faire prévaloir, entre Constitution et droit communautaire ?
- La primauté conférée par le juge à la Constitution par la création de la notion de « l'identité constitutionnelle française » :
- Nécessité corrélative de modifier la Constitution pour que l'Etat français signe un traité européen non conforme à la Constitution : décision du 9 août 2012, *relative au Traité sur la stabilité la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* (Pacte européen de stabilité budgétaire)

C. L'ARTICULATION DES NORMES SELON UN SYSTÈME DIALOGAL :

- La conception diagonale, remplaçant la conception hiérarchique ou opposée des sources du droit
- Dialectique et affrontement
- L'exemple de l'affaire *Perruche* : Ass. Plén., 7 nov 2000, *Perruche*

- Loi 4 mars 2002, *relative aux droits du malade*, dite « anti-Perruche »
- CEDH, 6 oct 2005, deux arrêts, *Maurice et Draon c/ France* (fondement : espérance légitime)
- Civ. 1^{ière}, 24 janvier 2006, trois arrêts qui se réfèrent à la « jurisprudence applicable »
- Conseil constitutionnel, 11 juin 2010, QPC sur la constitutionnalité de la loi dite *anti Perruche*