

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités
Sciences Po
Automne 2012

GRANDES QUESTIONS DU DROIT

ORGANISATION TECHNIQUE DE TRAVAIL :

Ce premier document de travail sur le cours magistral, articulation et conception, donne un premier aperçu de la matière.

En complément, on peut trouver sur le site MAFR (www.mafr.fr) le résumé de chacun des cours, les slides utilisés en support du cours et les documents référencés lorsqu'ils sont libres de droit, ainsi que la présentation de tous les documents référencés, qu'ils soient directement accessibles ou non. En outre, des recherches peuvent être faites par mots-clés.

En deuxième lieu, un *e-cours* est attaché au cours magistral de *Grandes Questions du Droit*. Ce *e-cours* sera disponible 5 jours après le cours magistral présentiel et disponible pour les étudiants de Sciences Po pendant 15 jours. Les étudiants y retrouveront le cours oral et certains documents protégés par le droit d'auteur.

En troisième lieu, si un étudiant veut *a posteriori* poser une question sur un thème, un événement d'actualité, une difficulté précise ou un document évoqué en cours, il doit utiliser le forum spécialement conçu sur le site mafr. La réponse peut être consultée par l'ensemble des étudiants. .

Une consultation du site www.mafr.fr peut également être utile, notamment dans les rubriques « enseignement » et « blog » (la seconde permettant de suivre plus facilement et plus largement l'actualité).

METHODES DE TRAVAIL AU REGARD DU COURS MAGISTRAL :

- A l'occasion de l'étude des doctrines ou de livres portant sur une autre matière (histoire, philosophie politique, sociologie générale, etc.), le droit est très souvent évoqué, étant alors étudié « de l'extérieur ». Les élèves doivent porter une attention particulière à la part que le droit peut prendre dans ces doctrines non exclusivement consacrées à celui-ci (par exemple chez Marx, Durkheim, Habermas, etc.). Cela complète l'étude plus technique du droit, menée alors « de l'intérieur », telle que les élèves peuvent la trouver dans la doctrine plus nettement juridique (par exemple chez Ripert, Carbonnier, ou Posner). Les deux approches, extérieure et intérieure, s'articulent.

- En conséquence, il est conseillé aux élèves de faire quelques lectures exhaustives d'ouvrages consacrés au droit, un droit sur lequel l'auteur porte un regard extérieur, nourri de philosophie, de sociologie ou d'histoire mais toujours connecté à la maîtrise technique du droit. Cela correspond au principe même du présent enseignement, à savoir un exposé du droit en tant qu'il est un système propre, conduit par des techniques et des principes qui lui sont spécifiques, mais éclairé et abordé par les liens et la place que le droit a dans les variations et les développements des sociétés, de l'économie, etc., et des problématiques générales dans lesquelles le droit interfère, comme celles de la souveraineté, de la force, de la globalisation, de la valeur et de l'intérêt des engagements, de la place de la personne dans les systèmes économiques, de la règle morale, etc.
- Il est particulièrement recommandé aux élèves de s'intéresser à un ouvrage reprenant le droit à la fois dans ce qui le caractérise de l'intérieur (le droit est un technique, un ensemble d'institution, un entrelacs de raisonnements articulés) et de ce qui le caractérise de l'extérieur : **Sève, René, *Philosophie et théorie du droit*, 1^{ière} éd., coll. « Cours », Dalloz, 2007, 372 p.**
- On trouvera également un ouvrage dont l'esprit est proche du présent cours, en ce qu'il cherche à restituer ce que sont les « grandes notions », même s'il ne s'agit que de celles du droit privé. L'ouvrage est de grande qualité : **Rochfeld, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis droit », PUF, 2011, 564 p.**
- Cela va compléter un exposé plus strictement juridique de ce qu'est le droit, tel qu'on le trouve, dans un ouvrage qui, comme le précédent, présente l'avantage d'être concis : : **Cabrillac, Rémy, *Introduction générale au droit*, 9^{ième} éd., coll. « Cours », 2011, 253 p.**
- En croisement des indications bibliographiques données dans la charte d'enseignement, tous gagnerez aussi à vous référer à :
 1. Jestaz, Philippe, *Le droit*, coll. « Connaissance du droit », 6^{ième} éd., Dalloz, 2010
 2. Fabre-Magnan, Muriel, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, coll. « Licence », PUF, 2009, 272 p.,
 3. Fabre-Magnan, Muriel, *Introduction au droit*, coll. « Que sais-je », 1^{ière} éd., PUF., 2010,
 4. Carbonnier, Jean *Droit et passion du droit sous la Vième République*, coll. « Champs essais » Poche, 2008,
 5. Perelman, Chaïm, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, coll. « Méthode du droit », 1978, reprint, Dalloz, 1999,
 6. Ripert, Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ième} éd, LGDJ, 1955, reprint LGDJ 1998,
 7. Supiot, Alain, *L'esprit de Philadelphie. Les droits sociaux face au marché total*, Le Seuil, 2010.
- Il est également instructif de consulter les journaux de presse générale pour rattacher les événements de l'année, voire de la semaine, à telle ou telle grande question. Il s'agit alors non pas d'étudier celle-ci, mais de faire ressortir la part du droit dans un événement exemplaire en train de se dérouler.
- La consultation du blog sur le site www.mafr.fr peut vous y aider. Il est certain que le « procès DSK », qui ne cesse de rebondir, est intéressant à suivre en lui-même et aborde des questions classiques, telle que la différence entre *Civil Law* et *Common Law*, le pouvoir des juges et des jurys, la question de la vérité, le pouvoir des médias, les stratégies de défense, etc.
- Il convient enfin d'avoir sous la main au moins un manuel d'introduction au droit. Une bibliographie est fournie ci-après, mais il est déjà plus particulièrement conseillé de se reporter à l'ouvrage de Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 8^{ième} éd., coll. « Cours Dalloz », Dalloz, 2009.

- Si vous voulez approfondir des points, ou « investir » dans le droit par la lecture régulière d'un traité de référence, il est conseillé de se reporter à :
 - Terré, F., *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2009.
- Il est très utile de consulter ce qu'il est courant de désigner comme le *Vocabulaire Capitant*, mais dont le titre exact est *Vocabulaire juridique*, et le directeur juridique fut le Doyen Gérard Cornu. Edité aux PUF, cet ouvrage est aussi bien disponible en format de traité qu'en format de poche.
- **Sites à consulter :**
 - www.legifrance.gouv.fr (et les liens proposés), ce site est très utile, accessible et bien organisé. Il comprend l'ensemble des textes et beaucoup de jurisprudence. Son accès est gratuit, il est très recommandé à chaque étudiant de le visiter, de sa propre initiative.
 - www.senat.fr et www.assemblee-nationale.fr , pour les projets et propositions de loi encore en discussion ou s'il est nécessaire de revenir sur les travaux préparatoires des lois promulguées.
 - www.courdecassation.fr,
 - www.conseil-constitutionnel.fr,
 - www.conseil-etat.fr
 - www.europa.eu.int (portail pour les organes de l'Union européenne, par exemple la Commission ou la Cour de justice de l'Union européenne, et pour les publications de l'Union, par exemple son Journal Officiel)
- **Articulation du cours et des conférences :**

Le cours et les conférences ont été structurés selon le principe de l'articulation entre les deux et le respect de l'autonomie pédagogique de chacun. Dans cette perspective essentielle, cinq **thèmes problématiques** communs ont été retenus.

 - *Prolégomènes*
 - *Les sources du droit*,
 - *Les espaces du droit*,
 - *Le juge*,
 - *La personne*.

Ces thèmes ne restituent pas, même en miniature, l'ensemble du droit, n'abordant pas par exemple en tant que telles les disciplines du droit constitutionnel, du droit des biens ou du droit des contrats, abordées dans d'autres cours du *Collège universitaire* de Sciences Po.

Mais les cas abordés pour faire vivre les problématiques étudiées seront prises dans ces diverses disciplines. Prenons l'exemple de la puissance de la volonté comme source du droit à travers la formation du contrat. Dans le même sens, la personne est une question qui sera examinée en grande partie en ce qu'une personne est apte à être reconnue responsable.

De la même façon, les thèmes comme celui de l'Etat ou celui de la famille ne sont pas spécifiquement visés dans l'enseignement, mais cela ne contredit ni leur importance ni leur présence dans le cours : ainsi la famille pourra être abordée à propos la thématique des espaces du droit ou le droit des enfants. De la même façon, l'Etat est une question essentielle traversant tous les thèmes, par exemple la hiérarchie des normes ou la distinction du droit public ou du droit privé.

L'évolution du système juridique français, se rapprochant ainsi des Etats-Unis, est en train de mettre en son cœur le droit constitutionnel, qui a cessé d'être une branche spéciale du droit public. Il y sera fait souvent fait référence et il convient d'en connaître les bases.

Ainsi, cette apparente présentation linéaire de 4 questions successives ne doit pas vous fourvoyer sur la méthode pédagogique du cours magistral, laquelle consistera au contraire à croiser et à revenir sur des questions précédemment ouvertes ou ayant vocation à être à nouveau évoquées au fur et à mesure que le cours se déroule.

Ces croisements incessants, à partir de questions identiques et au départ assez « simples » de plusieurs disciplines (à l'intérieur du droit, à l'extérieur du droit), pour arriver à des raisonnements de plus en plus analytiques et complexes, font partie de la méthode pédagogique, pour que sous divers angles l'on revienne toujours à l'essentiel, c'est-à-dire la formulation des questions que se posent aujourd'hui les acteurs du droit.

On peut prendre l'exemple du pouvoir et l'objet des volontés en droit, ou de la relation entre la technique juridique et d'autres éléments (le fait, les valeurs, les pouvoirs, la vérité, etc.). Des thèmes reviendront donc d'une façon répétitive car ils sont à la fois centraux, inépuisables et doivent être débattus sous plusieurs angles. Cela explique qu'en cours magistral un temps important du semestre sera consacré au départ à des *prolégomènes*, c'est-à-dire les premiers et fondamentaux axes de compréhension d'un système juridique en pleine évolution.

Chacun de ces thèmes, selon la méthode précitée, sera traité en cours et en conférences, à la fois dans la dimension interne et propre au droit en tant qu'il est un système technique (en cela, l'enseignement n'est pas seulement un « discours sur le droit »), et dans sa corrélation avec les grandes problématiques politiques et sociales (en cela, l'enseignement n'est pas seulement une introduction technique destinée aux élèves qui songent à devenir des juristes).

Pour revenir sur ce point méthodologique essentiel, les thèmes ont été conçus à la fois pour être traités d'une façon autonome et pour être des accroches pour les autres thèmes : un thème aborde anticipe le thème qui suit et revient sur le thème précédent. Le plan ci-dessous l'illustre. Celui-ci est propre au cours, mais les conférences reprennent la même méthode, chacun des maîtres de conférences traitant d'une façon autonome les thèmes, mais selon la même méthode.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE ET GENERALE

Traité et manuels consacrés au droit appréhendé plutôt de l'intérieur

- Aubert, J.-L et Savaux, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13^{ième} éd., Sirey, 2010.
- Cabrillac, R., *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd., coll. « Cours Dalloz – série droit privé », Dalloz, 2011.
- Carbonnier, J., *Droit civil – Introduction*, 27^{ième} éd., coll. « Quadrige », PUF, 2002 (l'ouvrage vaut par son exceptionnelle qualité mais, d'évidence, il ne reflète plus le droit positif)
- Cornu, G., *Droit civil – Introduction – Les personnes – les biens*, 13^{ième} éd., coll. « Domat », Montchrestien, 2007.
- Fabre-Magnan, M, *Introduction générale au droit*, coll. « Licence », PUF, 2009.
- Jestaz, P., *Le droit*, coll. « Connaissance du droit », 6^{ième} éd., Dalloz, 2010.
- Terré, F., *Introduction générale au droit*, 8^{ième} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2009.

Il est très utile de se référer à :

- Terré, F., Lequette, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, 12^{ième} éd., Dalloz, 2007,
- Favoreu, L., Philip, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^{ième} éd., Dalloz, 2009,
- Long, M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, P., Genevois, B., *Les arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^{ième} éd., Dalloz, 2009.

Collections, revues, et ouvrages consacrés au droit plutôt appréhendé de l'extérieur

- coll. *Archives de philosophie du droit*,
- coll. *Droit et Société*, LGDJ
- Coll. *Les voies du droit*, PUF
- Coll. *Léviathan*, PUF
- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ième} éd., LGDJ, 1993.
- Atias, Ch., *Philosophie du droit*, 1^{ière} éd., coll. « Thémis-droit privé », PUF, 2004.
- Carbonnier, J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ième} éd., LGDJ, 2001.
- Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, coll. « Quadrige », PUF, 2004.
- Dockes, E., *Les grandes valeurs du droit*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2004.
- Goyard-Fabre, S. et Sève, R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, coll. « Questions », PUF, 1993.
- Oppetit, B., *Philosophie du droit*, coll. « Précis Dalloz », Dalloz, 1999, réimpression 2005.

GRANDES QUESTIONS DU DROIT PROLEGOMENES

PRIMA FACIE : LES COUPLES DE CONTRAIRES

Leçon n°1

Une première approche : les couples de contraires

- Le droit fonctionne sur des oppositions et des dialectiques.
- Il est classement et il est construction : le droit est un système historique
- Il est innovation et contient tout ce qui l'a précédé.
 1. L'histoire du droit est la description d'un « droit vivant »
 2. Georges Ripert : *Tout juriste est un conservateur*

Des couples de contraires appréhendés pour bien comprendre leur déconstruction

- Le droit est en perpétuel mouvement, comme la société qu'il régit et par laquelle il est régi.
- Il faut partir de ce qu'il distingue pour mieux comprendre les attaques qu'il produit lui-même contre ses oppositions de base
- le droit est en révolution permanente

PREMIER COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT ET CE QUI N'EST PAS LE DROIT¹

- La structure reconnaissable du droit
 - Faits abstraits et imputation d'un effet juridique

¹ Doctrine :

[CARBONNIER](#), l'hypothèse de non-droit.

CARRE de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale* (extrait)

[J. HABERMAS](#), *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (extrait)

[H.L.A., HART](#), *Le concept de droit* (extrait)

[PORTALIS](#), *Discours préliminaire au projet de Code civil* (extrait).

Jurisprudence

Civ.2^{ème}, 22 janvier [2009](#), X

Ass. Plen., 29 juin [2007](#), X

- L'article [1382](#) du Code civil
- Conception souple et a posteriori : la contestabilité d'une situation devant un juge
- « L'hypothèse du « non-droit »
 - La démonstration de Jean Carbonnier
 - La question ouverte du droit
 - La dialectique entre le droit et la force
 - La dialectique entre le droit et la liberté
 - l'exemple de l'organisation du sport²
 - La nécessité d'un droit tolérant

Leçon n°2

- L'hypothèse de « l'anti-droit »
 - Le droit à double tranchant
 - Le légalisme des systèmes totalitaires
 - Le danger de tous les positivismes
 - Le positivisme social
 - Le positivisme économique
 - Illustration du droit pavé de bonnes intentions
 - - *Le silence et la gloire*³
 - Jugement *Faurisson*⁴
 - Loi dite *Gayssot* du 13 juillet 1990 sur la négation des crimes contre l'humanité.
 - Loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915
 - Le projet de loi sur la pédagogie à propos des effets bénéfiques de la colonisation
 - Loi du 11 octobre 2011 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

DEUXIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE DROIT POSITIF ET LE DROIT NATUREL⁵

- L'ambiguïté même du droit positif : entre édicition et application
 - La loi gravée dans le marbre
 - Application, effectivité, désuétude et évaluation
 - Résistance de la société
 - La société mène-t-elle au droit ?
 - Prévalence de l'amont de la loi
- La nature comme limite à l'artificialité du droit
 - Pouvoir du droit et fiction
 - L'exemple de la présomption de paternité
 - L'exemple de la personnalité morale⁶
 - Les limites à l'artificialité du droit : le droit naturel

² Ass. Plén., 29 juin 2007

³ Civ. 27 février 1951, *Branly*.

⁴ TGI Paris 8 juillet 1981, dit *jugement Faurisson*.

⁵ Articles de **doctrine** intéressants sur ce thème :

CARBONNIER. J., *Le silence et la gloire*, *D.* 1951, Chron., p. 119.

GOLDMAN. B., *Frontières du droit et de la Lex Mercatoria*, *Arch. Philo. Droit*, Sirey, 1964.

MOTULSKI. H., *Les droits de la défense et le droit naturel*, *Arch. Philo. Droit*, Sirey, 1961.

⁶ **Jurisprudence** Cass. Civ. 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint Chamond*

- La nature physique et la part qui revient à chacun : le droit comme partage équitable (droit naturel classique)
- La concrétisation des prérogatives naturelles : les droits de l'homme (le droit naturel moderne)

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

- La distinction même de la règle et de la prérogative
- La bataille de préséance et les droits de l'homme
- La subjectivisation des systèmes juridiques et ses conséquences

Leçon n°3

QUATRIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LE LEGISLATEUR ET LE JUGE

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

CINQUIEME COUPLE DE CONTRAIRES : LA PERSONNE ET LES CHOSES⁷

- La vision cartésienne d'un monde disponible à la personne
- La dignité de la personne humaine et la considération de la vie
- La vitalité des éléments dissociés du corps humain
- La subdivision des choses : les biens et les choses, les immeubles et les meubles

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

- Le critère personnaliste et la dualité de solutions pour des solutions semblables
 - L'harmonisation heureuse : la responsabilité médicale
 - Les hiatus persistants
- La métaphysique française de la distinction du droit public et du droit privé
 - Les lois des 16 et 24 août 1790
 - Fondation et mouvement de la dualité de l'ordre des juridictions⁸
- La nouvelle figure du système juridique : l'unité du système juridique
 - L'unité mécanique du système
 - L'unité conceptuelle du système : les droits fondamentaux

⁷ BAUD. J-P., *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, extrait, Le Seuil, Coll. « Des travaux », 1993.

Jurisprudence

⁸ Trib. confl., 8 février 1873, *Blanco*.

Leçon n°4

Première grande question du droit

LES SOURCES DU DROIT⁹

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
- 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*¹⁰

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

- 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 interprétations¹¹¹²
- Exemple de l'article 1384,a.1 du Code civil

⁹ Articles de **doctrine** intéressants sur ce thème

ATIAS. C., L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, *JCP*. 1984, 3145.

BEIGNIER. B., Les arrêts de règlement, *Droits* 1989.

CADIET. L., Le spectre de la société contentieuse, *Mélanges Cornu*, PUF, 1994.

GENEVOIS. B., Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire, *RFDA* 2005, p. 239. .

LUCHAIRE. F., Brèves remarques sur une création du Conseil Constitutionnel : L'objectif de valeur constitutionnelle, *RFDC* 2005, p. 675.

MOULY. C., Les revirements pour l'avenir, *JCP*. 1984, I, 3776. .

TROPER. M., Justice constitutionnelle et démocratie, *RFDC* 1990, 1, p.31.

Jurisprudence

Ass plén 2 juin 2000, *Fraisie*

¹⁰ Arrêt *Marbury v. Madison*, Cour suprême des Etats Unis, 24 février 1803

¹¹ Ch. Réunies, 13 fév. 1930, *Jand'heur*

¹² Ass plén. 31 mai 1991, dit *Arrêt des mères porteuses*,

SECTION II. LA SOURCE DU DROIT EN EVOLUTION : LES SITUATIONS PARTICULIERES

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 *restatements* dans les pays de *common Law*

B. La présentation des normes dans un système hiérarchique

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

2. L'affirmation prétorienne communautaire

- Affirmation communautaire¹³ Affirmation française¹⁴

3. Affirmation de la prééminence du droit français constitutionnel

- L'extension de la compétence *ratione materiae*¹⁵
- L'extension de la compétence dans le temps : la QPC¹⁶
- L'affirmation communautaire
- L'affirmation de l'identité constitutionnelle française¹⁷

C. L'articulation des normes selon un système dialogal¹⁸

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 du source du droit
- Retour sur l'« affaire » *Perruche*
- Le cas de la Garde à vue

¹³ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend et Loos* ; CJCE 15 juil. 1964, *Costa C/ Enel* ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*

¹⁴ Ch. Mixte 24 mai 1975, *J. Vabres* ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*.

¹⁵ Cons. const., déc., 16 juillet 1971 sur la *liberté d'association*

¹⁶ *La question prioritaire de constitutionnalité*, Revue Pouvoirs, 2011.

¹⁷ C.C., 27 juillet 2006, *sur la loi relative au droit d'auteur* ; CE 8 février 2008, *Arcelor*, CE 10 avril 2008, *Conseil nationale des barreaux*

¹⁸ Ass plén 7 nov 2000, *Perruche* ; CEDH, 6 oct 2005, deux arrêts, *Maurice et Draon c/ France* ; Civ *i^{ère}*, 24 janvier 2006 ; Cons. const., Déc., 11 juin 2010, sur la constitutionnalité de la loi dite *Anti-Perruche* ; Crim., 19 octobre 2010.

Leçon n°5

Deuxième grande question du droit

*LES ESPACES DU DROIT*¹⁹

Introduction : « à chaque espace particulier, son droit » : l'exemple de la famille.

SECTION I. L'ESPACE DU DROIT A TRAVERS LA GEOGRAPHIE

A. L'Europe

1. L'union européenne
2. L'Europe des droits de l'homme
3. L'articulation des deux Europes

B. Le monde

1. L'arbitrage international
2. La *lex Mercatoria*
3. L'OMC et son organe de règlement des différends
4. Le CIRDI
5. Les trous dans le maillage de l'ordre juridique international

C. L'aporie des espaces juridiques sans géographie

1. Les marchés financiers et la revendication à leur régulation
2. Internet et sa revendication d'un droit à l'absence de régulation

Leçon n°6

SECTION II. L'ESPACE DU DROIT ET LES AUTRES ESPACES NORMATIFS

A. Droit, morale et religion

1. Autonomie et interférence des systèmes normatifs
 - Le droit comme système technique neutre
 - Le droit comme système laïc²⁰
2. Le droit comme gardien des valeurs
 - La part de la morale dans le droit

¹⁹ Articles de **doctrine** intéressants sur ce thème

CARBONNIER. J., A chacun sa famille, à chacun son droit, in *Esprit des lois*, 1995.

DELMAS-MARTY. M., Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *D.* 2006, p. 951.

JESTAZ. Ph., Pouvoir juridique et pouvoir moral, *RTDC* 1990, p. 625.

OPPETIT. B., Droit et économie, in *Droit et modernité*, PUF 1998, p. 169.

FRISON-ROCHE, M.-A., Droit et économie, in *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p.119-128.

SEVE. R., La mondialisation entre illusion et utopie, *Arch. Philo. Droit* 2003.,t. 47, p. 1.

²⁰ **Jurisprudence** Civ., 3^{ième}, 8 juin 2006, arrêt dit *de la cabane juive*.

- Responsabilité et faute
- L'éthique des affaires

B. Droit, Société et économie

1. Droit et société

- La famille

2. Droit et économie

- 2.1. Le droit économique de la concurrence, socle du droit européen
- 2.2. Le droit comme instrument au service de l'économie de marché
- 2.3. Supposition de l'adhésion au modèle de marché
- 2.4. Droit et crise économique
- 2.5. La pénétration dans le droit des valeurs et méthodes économiques : l'analyse économique du droit

Leçon n°7

Troisième grande question du droit

LE JUGE²¹

SECTION I. LA FONCTION POLITIQUE ET SOCIALE DU JUGE

A. Le juge, instrument de rappel à la légalité

1. Le juge, instrument mécanique de réalisation de la loi

- L'influence d'Henri Motulsky
- Le lien, entre droit objectif et droit subjectif

2. La distinction des juges selon leur office

- Contentieux civil, administratif et pénal
- L'intérêt général et le droit privé, l'ordre public et le juge ordinaire
- L'inadéquation de ces couplages

²¹ Articles de **doctrine** intéressants sur ce thème

BARANES. W. et FRISON-ROCHE. M-A., Le principe constitutionnel de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, *D.* 2000, Chron., p. 368.

CADIET. L., Les jeux du contrat et du procès : esquisse, in *Droit économique et philosophie du droit*, Mélanges Gérard Farjat., 1999.

DRAGO. R. et FRISON-ROCHE. M-A., Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative, *Arch. Philo. Droit*, t.41, Sirey, 1997, p.135-148.

FRISON-ROCHE. M-A., Philosophie du procès, propos introductifs, in *Le Procès*, *Arch. Philo. Droit*, Dalloz, 1994, p. 19 s.

FRISON-ROCHE. M-A., L'impartialité du juge. *D.*1999, p.53-59.

JAUFFRET-SPINOZI. C., Comment juge le juge anglais, *Droits* 1989.

GARAPON. A. et PAPADOPOULOS. I., *juger en Amérique et en France*, extrait, Odile Jacob, 2003.

GOUBEAU. G., Le droit à la preuve

LIBCHABER. R., Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil, in *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica 2003.

Jurisprudence

- L'ordre public et le juge ordinaire

B. Le juge et la fin des litiges entre les personnes

1. L'office traditionnel du juge²²

- L'article 12 du Nouveau Code de procédure civile
- L'incapacité de l'institution à remplir sa fonction

2. Le jugement et ses alternatives de règlement des litiges

- Le jugement
- Les modes alternatifs de règlements des litiges

SECTION II. LE MODE DE REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE : LE PROCES

A. Les conceptions du procès

1. Les procès et le droit processuel

- Les procès conçus à travers les branches du droit, l'organisation juridictionnelle corrélatrice
- Le procès en soi, espace autonome et unifié

2. Le procès, le contrat et la vérité

- Le procès comme résolution d'une difficulté
- L'article 2044 du Code civil²³
- Le procès comme accès à la vérité des faits
- Enjeu de celui qui juge

3. Le procès, la morale et l'efficacité

- Le procès comme limite à l'efficacité de la répression
- Le procès, expression d'une morale collective
- Tension entre le critère d'efficacité et les conceptions traditionnelles du procès

B. La marché du procès : la procédure

1. La procédure comme une histoire

- L'action en justice
- Les garanties fondamentales de bonne justice
- Le jugement

2. L'influence déterminante du droit européen des droits de l'homme

- Définition concrète et fonctionnelle du tribunal
- L'impartialité du tribunal : impartialité subjective et objective²⁴
-
- Le principe d'immunité lié à l'acte juridictionnel
- Le problème des erreurs judiciaires
- Les cas et l'amplification de la responsabilité des magistrats
- Le procès équitable
- L'inversion des raisonnements
- Effectivité du droit à un jugement exécuté

3. Le jeu probatoire du procès

- La preuve directe
- Le déplacement de l'objet de la preuve
- Les moyens de preuve

²² Cass., Ass plén 21 déc 2007

²³ Soc. 17 mars 1982

²⁴ Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury*

- La recevabilité des moyens de preuve²⁵

²⁵ Cass. 1^{ière} civ. 17 juin 2009

Quatrième grande question du droit

LA PERSONNE²⁶

SECTION I. L'APTITUDE DE LA PERSONNE A ETRE RESPONSABLE

A. LA RESPONSABILITE POUR FAUTE : La prévalence de la faute et l'article 1382 du Code civil comme cœur du système

1. La personne responsable : le critère de la culpabilité et les liens avec la responsabilité pénale
2. Le passage d'une conception moraliste de la responsabilité à une conception pragmatique du droit à obtenir réparation²⁷
3. La personne victime : le dommage à réparer²⁸
4. L'hypothèse du cumul entre responsable et victime²⁹
5. Le lien de causalité³⁰

B. LA RESPONSABILITE POUR LA GARDE DES CHOSES ET DES PERSONNES

1. L'évolution du droit de la responsabilité pour la garde des choses
 - La Révolution jurisprudentielle
 - L'arrêt Jand'heur³¹
 - Retour sur la doctrine créatrice de droit et la dimension sociologique du droit
2. L'évolution du droit de la responsabilité du fait des personnes
 - Les mécanismes légaux particuliers

²⁶ Articles de **doctrine** intéressants sur ce thème

CARBONNIER. J., Sur les traces du non sujet de droit, in *Flexible Droit*, LGDJ.

GOBERT. M., Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, *RTDC*. 1992, p. 489.

LEPAGE. A., Quand le CSA tire les leçons de Loft story, *Comm. com. Electr.* Janv 2002, p. 36.

MARGUENAUD. J-P., La personnalité juridique des animaux, *D*. 1998, p. 205.

PUTMAN. E., Commentaire de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *Rev Personnes et Famille*, juin 2005, p. 6.

SUPIOT. A., Les fondements juridiques de la personne, in *Homo juridicus*, 2005, p. 45.

Jurisprudence

CE Ass, 27 oct. 1995, *arrêt dit du lancer de nains*.

Soc., 2 oct 2001, *Nikon*

CEDH, 16 nov 2004 *Moreno c/ Espagne*

CEDH, 17 février 2005

CE., 6 janv 2006, feu la cryogénéisation, *D*. 2006, p. 1875, note I. CORPART.

²⁷ Ass Plén 9 mai 1984

²⁸ Crim. 6 juin 1990

²⁹ CEDH 17 fév. 2005, *KA et AD c/ Belgique* ; Crim. 13 nov. 2001

³⁰ Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2008

³¹ Chbre Réunion 13 fév. 1930, *Jand'heur* ; Chbre Réunion 2 déc. 194, *Franck*

- Le principe jurisprudentiel général³²

SECTION II : L'APTITUDE DE LA PERSONNE A S'ENGAGER

1. La définition du contrat

- La conception subjective du contrat
- Conception objective du contrat

2. La formation du contrat

- Les vices du consentement
- L'objet et la cause

3. L'exécution du contrat

4. Les sanctions des vices de formation ou d'exécution

- Les nullités
- Les dommages et intérêts
- La question particulière des clauses limitatives de responsabilité

5. La fondamentalisation et la constitutionnalisation du droit des contrats

SECTION III. LA RECONNAISSANCE PREALABLE DE LA PERSONNALITE

1. Naturalité et artefact de la personnalité³³

- Consubstantialité entre sujet de droit et Droit
- Naturalité et artefact : la personne morale
 - Le début de la personnalité : l'embryon et le fœtus
 - La fin de la personnalité : la mort et l'euthanasie
 - Le cas de l'enfant mort-né

2. Le droit du corps humain³⁴

- Le sadomasochisme
- Les greffes et essais thérapeutiques sur adultes et sur enfants
- Les corps disponibles sur le marché : article 1128 du Code civil

3. La « concrétisation » de la personnalité : le droit des personnes concrètes

- Le droit des enfants
 - La minorité, socle abstrait de la catégorie
 - L'évolution de la responsabilité : les arrêts du 9 mai 1984
 - Le sort de la Convention de New York sur la protection des droits de l'enfant
- Les droits des malades
- Les droits des « sans abri »

SECTION III : LES DROITS FONDAMENTAUX

A. Exemples et expansion des droits fondamentaux

1. Distribution jurisprudentielle et légale de droits fondamentaux

- Le droit à la dignité : l'article 16 du Code civil et Le lancer de nains³⁵
 - Le droit au respect de la vie privé
 - L'équilibre entre droit fondamentaux
2. Le cœur du système centrifuge : le droit au droit

B. Le droit fondamental media : l'accès effectif à un jugement exécuté

- Le droit sur le papier
- La protection des personnes dans les voies d'exécution

³² Ass. Plén. 29 mars 1991, *Bliek* ; Cass. Civ 2ièm 19 fév. 1997, *Bertrand* ; Ass. Plén. 13 déc. 2002

³³ Civ 2ième 28 janvier 1954, *Etablissement Saint-Chamoux*

³⁴ Ass plén 31 mai 1991 ; Civ 1^{ière} 17 déc. 2008

³⁵ CE 27 oct 1995

C. L'EMERGENCE DES DROITS ALTRUISTES

- **La troisième génération des droits de l'homme**
- **L'exemple du droit de l'environnement**
- **Le souci d'autrui comme définition de la notion de justice**

Fin du cours et retour vers l'abstraction : la dignité, l'humanité et le droit
