

Leçon n°4

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Première Grande Question du Droit : LES SOURCES DU DROIT

Plan :

Section I : La source traditionnelle du droit légitime et général : la volonté républicaine

Section II : La source du droit en évolution : Les situations particulières

Section I : La source traditionnelle du droit légitime et général : La volonté républicaine

Plan :

- A. Le principe traditionnel du pouvoir législatif tout puissant
- B. Le juge, personne non autonome, serviteur de la loi

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.

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*,

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
- 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
- ✓ L'invention de l'article 1384, al 1^{ier} 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*

- ✓ 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)

Section II : La source du droit en évolution : Les situations particulières

Plan :

- A. La jurisprudence, source effective du droit
- B. La présentation des normes dans un système hiérarchique
- C. L'articulation des normes selon un système dialogal

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.

✓ Le juge « législateur particulier » selon le doyen Carbonnier

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* 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 :

- **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. La présentation des normes dans un système hiérarchique :

2. L'affirmation prétorienne communautaire :

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

B. La présentation des normes dans un système hiérarchique :

2. L'affirmation prétorienne 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. La présentation des normes dans un système hiérarchique :

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

B. La présentation des normes selon un système hiérarchique :

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

- ✓ La cristallisation autour du Conseil constitutionnel :
- **Les pouvoirs du Conseil constitutionnel et l'ouverture de l'accès au contrôle de constitutionnalité :**
- **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. La présentation des normes dans un système hiérarchique

3. L'affirmation de la prééminence du droit français :

L'ouverture des normes au regard desquelles le contrôle est opéré, la découverte feinte des principes (bloc de constitutionnalité) :

Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971 *relative à la loi sur la liberté d'association* : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ».

B. La présentation des normes dans un système hiérarchique

3. L'affirmation de la prééminence du droit français constitutionnel :

- ✓ L'affirmation de « l'identité constitutionnelle française »
- Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur :

« Considérant que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

C. L'articulation des normes selon un système dialogal :

- ✓ La conception diagonale et non hiérarchique des sources du droit
- ✓ Dialectique et affrontement
- ✓ 2 exemples : l'affaire *Perruche* et le cas de la garde à vue

✓ 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 »
- Décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010 sur question prioritaire de constitutionnalité, sur la constitutionnalité de la loi *anti Perruche*

- ✓ Le cas de la garde à vue :
- Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010,
- Crim., 19 octobre 2010.
- Loi 14 avril 2011, *relative à la garde à vue*