

Leçon n°6

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°6 : Les espaces du droit
à travers les ordres normatifs

**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. La dialectique entre le droit et la religion

- La distinction entre le droit et la religion
 - Le droit comme système neutre d'organisation (nombre d'associés, circulation à droite, etc.).
 - Le principe de laïcité : loi du 5 décembre 1905 séparant les Eglises et l'Etat

A. Droit, religion et morale (suite)

1. La dialectique entre le droit et la religion (suite)

- Le droit, gardien de la liberté religieuse (difficulté de la définition d'une religion en droit)
- le droit interférant dans les affaires religieuses :
 - Ass. Plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c/ Institution Ste Marthe*
 - Civ. 3^{ième}, 8 juin 2006, affaire dite de la Soukka
- Le feuilleton juridique du port du voile
 - Avis du Conseil d'Etat sur le port du voile à l'école, 27 novembre 1989
 - Loi du 10 octobre 2010, *interdisant la dissimulation du visage dans les lieux publics*
 - Décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010, *relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans les lieux publics*
 - Soc. 19 mars 2013, *Fatima X c/ Association Baby Loup*

2. La dialectique entre le droit et la morale

- Distinction entre morale et droit (for interne, for externe)
« le droit ne sonde pas les reins et les cœurs »
- La part de la morale dans le droit
 - La part de la faute dans le droit : article 1382 du Code civil

2. La dialectique entre le droit et la morale (suite)

- 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. La dialectique entre le droit et la morale (suite)

- La fraude

- La fraude corrompt tout : *fraus omnia corrumpit*

- Exemples

- Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*,

- Cas des mariages blancs

- Civ 1^{ère}, 13 septembre 2013, sur les conventions de gestation pour autrui

3. La difficulté née du pluralisme des valeurs et du relativisme

- Exemples d'auteurs :

Raymond Boudon, John Rawles

- Exemple de difficultés : travail le dimanche, examens le vendredi, choix des prénoms, suppression des jours fériés

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 mulieris*
- 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 (suite)

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

- ✓ 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 (suite)

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
 - la recherche renouvelée du fondement du mariage
- ✓ 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

1. Droit et société (suite)

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 sexuelle : la reconnaissance du transsexualisme.
 - Civ. 1^{ière}, 21 mai 1990
 - CEDH, 25 mars 1992
 - Ass. Plén., 11 déc. 1992
 - Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (« transsexualisme véritable »)

✓ Evolution législative ?

- Loi danoise de 2011, loi britannique de 2013, apparition du « genre juridique neutre »

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 justifiées

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 suretés hypothécaires et des voies d'exécution) et l'effet domino du marché financier global
- ✓ Nouvel objet du droit : la crise
 - le risque réalisé
 - Risque bilatéral
 - Tiers concerné par le risque bilatéral (enfant)
 - La prévention des risques systémiques
 - Contrat et Etat, meilleur acteur de prévention et de gestion des crises

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 *managers*

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