



LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

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 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

- ✓ *Le silence et la gloire* : Arrêt *Branly*, Civ. 27 février 1951
- ✓ Jugement *Faurisson* : TGI Paris, 8 juillet 1981
- ✓ Loi *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,
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 n° 2005-158 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 qui décide du caractère réglementaire de cette disposition législative.
- ✓ Décret du 15 février 2006 qui abroge la disposition.



L'Hypothèse de « l'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 relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral
- ✓ Petite loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 13 juillet 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 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»

Tautologie : le droit positif est le droit posé

✓ 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 vise « 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»

Tautologie : le droit positif est le droit posé

✓ Résistance de la société :

- ✓ pratique de l'avortement,

- ✓ le procès politique de l'avortement,

Trib correct Bobigny 8 novembre 1972,

- ✓ loi Veil du 17 janvier 1975



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, Cass. 1^{ière} civ mars 2007 : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ».

L'ambiguïté 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

- ✓ 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
- ✓ Principe méthodologique majeur : la proportionnalité

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 : Cass. 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^{ière} génération : les droits supports des libertés individuelles, Déclaration de 1789
 - ✓ 2^{ième} génération : Les « droits créance » économiques et sociaux, préambule de la Constitution de 1946, droit au logement ? Droit au bonheur ?
 - ✓ 3^{ième} 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 : Ex du « défenseur des droits », loi constitutionnelle de 2010, voir Blog MAFR :

<http://mafrisonroche.phpnet.org/spip.php?article122>



