

COURS 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

- I. La source traditionnelle du droit légitime et général :
la volonté républicaine
- II. La source du droit en évolution : Les situations
particulières

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*,

✓ Rupture *si ratio decidendi* :

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

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 »
2. La puissance cachée 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:
Arrêt Jand'heur Chb réunies 13 février 1930.

- ✓ 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* le Professeur Jean Bernard.

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 Carbonier

A/ La jurisprudence, source effective du droit

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

Déc. Conseil Constitutionnel 9 avril 1996 relative au statut d'autonomie de la Polynésie française :

83. « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »

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 :**
« Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

- **Article 55 de la Constitution de 1958 :**
« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

B/ La présentation des normes dans un système hiérarchique:

2) L'affirmation de la prééminence du droit communautaire :

a) L'affirmation communautaire

B/ La présentation des normes dans un système hiérarchique:

2) L'affirmation de la prééminence du droit communautaire :

✓ Arrêt CJCE *Costa contre Enel* (15 juillet 1964) : « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes (...) le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

B/ La présentation des normes dans un système hiérarchique:

- 2) L'affirmation de la prééminence du droit communautaire :
- ✓ Arrêt CJCE *Simmenthal* (9 mars 1978) : «*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:

2) L'affirmation de la prééminence du droit communautaire :

b) L'affirmation 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 du droit français:

a) La cristallisation autour du Conseil constitutionnel :

- **Les pouvoirs du Conseil constitutionnel et l'ouverture de l'accès au contrôle de constitutionnalité :**
- **Art. 61-1.**- (*article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008*) Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.
- **Art. 62. – 2-** Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

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) :

Déc. Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 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 :

b) L'affirmation de « l'identité constitutionnelle française »

✓ Déc. Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur : « Considérant qu'en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »

« 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 ».

B / La présentation des normes dans un système hiérarchique

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

b) L'affirmation de « l'identité constitutionnelle française » :

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

- ✓ La conception diagonale et non hiérarchique des sources du droit
- ✓ Affaire *Perruche* :
 - Ass plén 7 nov 2000, arrêt *Perruche*
 - Loi dite « Anti-Perruche » du 4 mars 2002
 - CEDH, 6 oct 2005, deux arrêts, *Maurice* et *Draon c/ France* (fondement : espérance légitime)

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

- ✓ 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*
Voir Blog MAFR
<http://www.mafr.fr/spip.php?article621>

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

- ✓ La législation relative aux gardes à vues : Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010,
- ✓ La Chambre criminelle de la Cour de cassation, 19 octobre 2010.
- ✓ Voir <http://www.mafr.fr/spip.php?article757> Blog MAFR :