

Deuxième cours Grandes Questions du Droit

Le deuxième cours concerne aussi bien l'hypothèse de l'«anti-droit», ennemi majeur du droit puisqu'il utilise la force du droit pour se développer, que le deuxième couple de contraires, entre le droit positif et le droit naturel. Enfin, si le temps le permet, sera traité le troisième couple de contraires, qui oppose droit objectif et droits subjectifs.



Imprimer / PDF



Slides



Documentation

Le deuxième cours continue les prolégomènes des Grandes Questions du Droit en prenant tout d'abord l'hypothèse de l'anti-droit, c'est-à-dire lorsque le droit prête sa puissance normative au service d'une puissance qui lui est étrangère, dont il redouble ainsi la force. Cela peut concerner aussi bien le droit nazi que l'écriture de l'Histoire par la législation ou la question du voile de la Burqa. La force contraignante du droit, admise en raison de la légitimité de la source du droit justifiant que la violence du droit vienne arrêter la violence brute des rapports sociaux (Max Weber) peut se retourner si les forces démocratiques sont détournées. Si l'on s'en tient au pur formalisme du droit, par une conception positiviste du droit, la teneur des règles n'a pas à être mise en cause : la notion de « droit injuste » n'est pas pertinente, la notion de « droit violent » est tautologique est pertinent.

Cette puissance du droit tient non seulement dans sa contrainte sur les comportements mais encore dans sa force à créer de la réalité : ce que dit le droit est « vrai », puisque l'ordre juridique est normatif. Plus encore, le droit est incontestable, aussi bien la loi que les décisions juridictionnelles. Cette puissance, dont ne sont pas dotées les autres ordres normatifs, est à la fois nécessaire à l'ordre social, est redoutable.

*On a pu le mesurer par l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 27 février 1951, Branly, par lequel les juges engagent la responsabilité de l'historien qui passe sciemment sous silence le nom de Branly en racontant l'histoire de l'invention de la T.S.F. <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> . Contrairement au reste de la doctrine universitaire, le Doyen Carbonnier réagit violemment à l'arrêt par un article devenu célèbre, *Le silence et la gloire* <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> .*

*La question de l'histoire était encore plutôt celle du non-droit (voir cours précédent), jusqu'à ce que des personnes viennent à affirmer que les chambres à gaz afin d'éliminer les juifs n'avaient jamais existé et que des associations viennent demander protection au juge contre de tels propos. Dans un jugement du 8 juillet 1981, *Faurisson*, le Tribunal de grande instance de Paris a tout à la fois rappelé la liberté d'expression de l'historien et sa faute au regard de la recherche scientifique <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>*

*D'une façon moins habile, parce que plus générale, la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite *Loi Gayssot*, prohibe pénalement le négationisme <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> .*

Mais l'enfer est pavé de bonne volonté et la loi n'est sans doute pas le bon outil pour une telle intervention. Ainsi, certains avaient douté de la constitutionnalité de la loi Gayssot, au regard de la liberté d'expression. Certes, le législateur continue et, par la loi du 29 janvier 2001, il devient interdit de méconnaître « l'existence du génocide arménien ». Cela appela à la fois les mêmes justifications et les mêmes critiques <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> .

Celles-ci se firent plus fortes, lorsque le législateur décida qu'il fallait inculquer la contribution des français rapatriés à la Nation. Le Conseil constitutionnel fût saisi et l'histoire officielle se dessinait à travers les manuels d'histoire ; la décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2006 n'aborda pas de front cette opposition entre la liberté d'expression et la liberté scientifique d'une part et le devoir de protection par le droit d'autre part. Il affirma qu'une telle mesure, portant sur les programmes scolaires relevant du pouvoir réglementaire, ôtant ainsi le « venin » de ce que devint la loi du 23 février 2005, cette nature réglementaire permettant ainsi l'abrogation de la disposition par un décret du 15 février 2006.

D'une tout autre façon, la question des rapports très difficiles entre le droit et la force est revenue sur le devant de la scène à propos de la Burqa.

Là encore, le juge avait eu une visions plus casuistique et équilibrée de la question. Ainsi, à propos d'une question précédente, celle du port du voile (non-intégral) par des petites filles à l'école, le Conseil d'Etat, par un avis du 27 novembre 1989, avait affirmé que leur renvoi était justifié par le critère de la perturbation à l'ordre public dans l'établissement <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> . Lorsque le port du voile intégral a été une pratique observée en France, le Premier ministre un rapport au Conseil d'Etat, qui le 30 mars 2010 a déconseillé d'adopter des mesures trop générales <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> . Le législateur a pourtant adopté une prohibition très générale dans la loi du 11 octobre 2010 <http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> , sans que le Conseil constitutionnel y voit une marque de contrariété à la Constitution.

Le deuxième couple de contraires qu'il convient ensuite d'examiner est celui qui oppose le droit positif et le droit naturel. Le droit a la puissance de créer sa propre réalité : il est un « artefact ». Dès lors, la question est de savoir s'il convient de poser que la nature serait une limite à l'artificialité du droit.

Le « droit naturel », conception qui donne cette fonction à la nature des choses, est une théorie qui n'est guère à la mode. Nous sommes plutôt sous l'emprise du « positivisme », qui se limite à dire que le droit est ce est posé par le législateur, pas plus et tout ce que di celui-ci. Ce positivisme a participé au nazisme. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Le cours aborde le deuxième couple de contraires, à savoir le droit positif et le droit naturel avec la définition même de ce qu'est le "droit posé", la question de savoir si une norme juridique a besoin ou non d'être véritablement appliquée dans les faits pour être effectivement posée. Apparaît également la question du rapport entre le droit et la nature, puisque le droit est artificiel, artefact, et que la nature pourrait limiter les pouvoirs normatifs de cette artificialité de nos droits.

Enfin, le cours traite le troisième couple de contraires, qui oppose le droit objectif et le droit subjectif en distinguant la règle (loi) et la prérogative de l'individu (mon droit). Par les Droits de l'Homme, le système juridique s'est subjectivisé. La Loi Constitutionnelle en cours de discussion sur le Défenseur des droits en est un exemple.

*<http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> Document attaché au slide n°19. **Jurisprudence.** Civ., 27 février 1951, *Branly*. Les héritiers de Branly ont porté devant le juge le reproche qu'ils firent à Turpain de n'avoir pas mentionné Branly dans l'invention de la TSF dans un article que celui-ci avait rédigé pour *l'Almanach populaire*. Le juge estimant la situation juridique estima de ce fait Turpain responsable. La Cour de cassation confirma que cette abstention de la mention de Branly dans l'invention de la TSF était une omission volontaire constitutive d'une faute au regard des devoirs de l'historien*

*<http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...> Document attaché au slide n°19. **Doctrine.** Jean Carbonnier, *Le silence et la gloire*. En réaction à l'arrêt *Branly*, alors que la doctrine était unanimement favorable à celui-ci, le doyen Carbonnier publia cet article qui fit sensation. Il affirma que si le juge s'autorise à imputer à faute la façon pour un historien de présenter des faits historiques d'une façon ou d'une autre, par exemple qui a inventé la radio, alors le juge, donc le droit, fait une histoire officielle. Parce que les jugements produisent une « vérité légale », par nature incontestable, une telle solution constitue un grand danger, terrain de tous les totalitarismes, entame à la fondamentale*

liberté d'expression et liberté de la recherche scientifique.

[[M3]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>]Document attaché au slide n°19. **Jurisprudence.** *Faurisson*, se prévalant de travaux d'histoire critique, soutint la thèse comme quoi les chambres à gaz n'avaient jamais existé dans le prétendu génocide des juifs. La LICRA l'attaqua en responsabilité civile devant le juge. Celui-ci que l'historien a une liberté pleine et entière d'exposer selon ses vues personnelles les faits historiques, mais que toute liberté est liée à l'acceptation d'une responsabilité. Or, le fait de récuser systématiquement tout argument contraire à sa thèse fait que cet auteur a manqué aux obligations de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur et justifie sa responsabilité scientifique

[[M4]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>]Document attaché au slide n°19. **Texte.** Article 9 de la loi. Dans cet article, dont on mesure à l'occasion la lourdeur de rédaction par renvois successifs à d'autres textes qui en rendent la lecture difficile, il s'agit de punir ceux qui auraient contesté les crimes contre l'humanité commis par les nazis tels que visés dans l'Accord de Londres et notamment sanctionnés par le Tribunal de Nuremberg. C'est à ce titre qu'engage sa responsabilité celui qui soutiendrait que les chambres à gaz pour réaliser le génocide des juifs n'ont pas existé. Au critère méthodologique de la faute, utilisée dans le jugement *Faurisson*, le législateur substitue un critère substantiel

[[M5]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>]Document attaché au slide n°19. **Texte.** Article 2 de la Loi du 29 janvier 2001 *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*. Cette loi emprunte la méthode de la Loi Gayssot à propos du génocide arménien. Elle avait appelé les mêmes critiques de la part de ceux qui voyaient dans la loi Gayssot ou dans l'arrêt Brnly la tentation d'une histoire officielle construite par le droit, alors que les deux ordres normatifs devraient demeurer autonomes

[[M6]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>]Document annexé au slide n°21. **Texte. Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989** sur le port du voile à l'école. En raison d'une expulsion disciplinaire de lycéennes portant un voile en cours, et la contestation par les parents de cette décision disciplinaire prise par le chef d'établissement, le Premier Ministre a demandé son avis au Conseil d'Etat. Celui-ci rappelle le principe de laïcité et met en avant l'ordre public dont le chef d'établissement est le gardien. Ainsi, si le comportement trouble le fonctionnement de l'établissement, quant bien même une norme religieuse serait évoquée par l'élève, le chef d'établissement est en droit de prendre des dispositions pour préserver le bon fonctionnement en transparence de l'ordre normatif religieux

[[M7]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>]Document annexé au slide n°21. **Texte.** Rapport du Conseil d'Etat du 30 mars 2010 *sur les possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. Le Conseil d'Etat, dans ce qu'il est usuel d'appeler l'affaire de la « Burqua », essaie de conserver de la mesure en posant qu'il lui semble qu'une interdiction générale et absolue du port du voile intégral en tant que tel ne pourrait trouver aucun fondement juridique incontestable. Selon lui, sauf des nécessités ponctuelles, par exemple l'identification, n'obligent au visage découvert. Selon le Conseil, ni le principe de laïcité, ni ceux de dignités, d'égalité, de sécurité ou de non-discrimination ne justifie une interdiction générale. Selon le Conseil, seules deux hypothèses particulières justifieraient l'obligation d'un visage découvert : la nécessité de l'exercice de pouvoir de police et la vérification des identités pour le bon fonctionnement des services publics. On ne peut pas dire que cette vision casuistique et restrictive ait été suivie par le Parlement, dans la loi du 25 octobre 2010.

[[M8]-><http://www.mafr.fr/ecriture/?exec=art...>] **Texte.** Article 1 : *Nul ne peut dans l'espace public porter une tenue destinée à dissimuler son visage.*