

Année universitaire 2023-2024  
Cours magistral d'Introduction au Droit  
L 1 Semestre 1  
Cours magistral de M. Arnaud HIMPEL

***Séance 6 : Connaître la hiérarchie des normes (2/2) : le droit issu de la coutume & le droit issu de l'interprétation***

***Consignes : lire et travailler le topo de cours***

***Cette séance est destinée à être traitée en asynchrone.***

***Vous trouverez dans le présent document un topo de cours sur les sources du droit issues de la coutume et de l'interprétation qui vous aidera à réaliser en autonomie les exercices de la fiche de travail individuel ainsi que le QCM d'autorégulation figurant sur MOODLE.***

***Topo de cours :***

**\$ Section 2°) : Le droit issu de la coutume**

On peut également utiliser le terme « usages ». C'est une règle de droit qui naît spontanément de l'usage. C'est la source la plus ancienne du droit. Ce fut même pendant très longtemps la première source du droit puisque la France était un État de droit coutumier notamment avec les lois fondamentales du Royaume comme la primogéniture, la catholicité ou la masculinité de la Couronne jusqu'à la fin de la Révolution.

La Coutume est mise en place sans l'intervention d'une autorité publique telle que le législateur ou le pouvoir exécutif. Elle naît spontanément mais sans date précise de sa naissance. Elle résulte de pratiques suivies par les personnes intéressées convaincues de son caractère obligatoire.

La coutume acquiert force obligatoire par sa répétition et la croyance des intéressés dans son caractère de règle de droit. Il y a donc réunion de deux éléments un élément matériel et un élément psychologique.

**1. L'élément matériel** réside dans l'existence d'un usage c'est-à-dire d'une pratique, d'une habitude. Pour devenir une coutume, cet usage doit revêtir 4 caractéristiques. Il doit être ancien, c'est-à-dire exister depuis un certain temps. Il doit être constant c'est-à-dire qu'il doit être accompli de manière continue. Il doit être général car l'usage doit être suivi par toutes les personnes de la catégorie qu'il vise : « Une fois n'est pas coutume ». Et enfin, il doit être notoire, c'est-à-dire connu de tous. Il doit avoir une application générale.

**2. L'élément psychologique** réside dans la croyance de la force obligatoire de la coutume par ceux qui y sont soumis. En effet son caractère obligatoire peut (et c'est très souvent le cas) être ressenti que par une partie de la population (en fonction de leur appartenance à un territoire, à un milieu social ou à une profession) ce qui la différencie par exemple de la loi qui est la même pour tous et qui a un caractère général.

### ***Quel est le rôle de la coutume ?***

Il existe trois cas de figure qu'il conviendra d'envisager successivement :

#### ***1. La coutume secundum legem***

Étymologiquement, elle vient seconder la loi. Il peut arriver que la coutume s'applique parce que la loi ou le règlement le prévoit expressément. C'est une délégation au profit de la coutume. La loi va directement renvoyer à des usages comme **l'article 1120 du Code civil** qui dispose notamment que « *le silence ne vaut pas acceptation à moins qu'il en résulte autrement de la loi et des usages.* »

#### ***2. La coutume praeter legem***

Étymologiquement, la coutume intervient indépendamment de la loi à côté d'elle lorsque cette dernière reste silencieuse. Elle vient combler un vide législatif. C'est le cas de la coutume selon laquelle la femme mariée a la faculté de porter le nom de son mari.

### **3. La coutume contra legem**

Étymologiquement, la coutume est contraire à la loi. Mais peut-il exister au sein de l'ordre juridique des coutumes contraires à la loi ? Le principe, vous le comprendrez, est que la loi l'emporte sur la coutume qui lui est contraire. Il peut exister de rares exceptions à ce principe comme la validation par les tribunaux du don manuel alors que selon **l'article 931 du Code civil**, la régularité d'une donation est subordonnée à la rédaction d'un acte notarié. Le don manuel peut être juridiquement valable même s'il contredit **l'article 931**.

Mais à côté du droit issu de la coutume, on trouve le droit issu de l'interprétation (**§ Section 3**).

### **§ Section 3°) : Le droit issu de l'interprétation**

Nous évoquerons ici la jurisprudence (**§1**) et la doctrine (**§2**).

#### **§ 1°) La jurisprudence**

Aux côtés de la coutume, elle est une des sources les plus anciennes du droit. La jurisprudence est le produit juridique des décisions des tribunaux. En effet, à côté des décisions qui sont généralement des actes d'application du droit, il existe des décisions pouvant être considérées comme source du droit. Cela signifie-t-il pour autant que les juges peuvent créer une règle de droit ? La fonction même de juger de laquelle est issue la jurisprudence lui interdit d'être une source du droit ; le juge devant se contenter d'être la source de la loi.

Attention, à la différence des sources du droit que nous avons évoquées jusqu'à présent, la jurisprudence ne dégage pas réellement une règle de droit mais davantage une solution. Elle n'est pas le législateur.

Il faut dans un premier temps comprendre les spécificités de la jurisprudence qui peuvent conduire à penser qu'elle ne peut pas être source de droit tels que l'interdiction des arrêts généraux et l'autorité relative de chose jugée des décisions de justice ainsi que le problème de l'insécurité juridique.

- Tout d'abord, **l'article 5 du Code civil interdit les arrêts de règlement**. Il s'agissait d'une pratique courante jusqu'en 1789 par laquelle les parlements d'Ancien Régime rendaient une décision de portée générale, abstraite, et qui s'imposait aux juridictions inférieures. Ces arrêts valaient pour l'avenir à l'égard de tous, tout comme la loi : « *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises.* » Cela signifie que les arrêts posent une règle à l'occasion du litige et c'est tout. Cette règle ne vaut que pour le litige en question. Le juge n'est pas un législateur et il n'a pas à empiéter sur les prérogatives de ce dernier. Cet article interdit également aux juges de créer une règle de droit en dehors de tout litige.

Ensuite, **l'article 1351 du Code civil** dispose que : « *l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formées contre elles en la même qualité* ».

Cela signifie que le juge qui doit prendre une décision lors d'une affaire n'est pas obligé de juger de la même manière de ce qui a été jugé antérieurement par une autre juridiction, même supérieure, dans une affaire similaire. La solution qui a été donnée à un litige ne vaut que pour ce litige.

Cela emporte deux conséquences :

- La solution ne lie pas la juridiction qui l'a rendue. Elle pourra changer d'avis lors d'un autre litige.

- Elle ne lie pas les autres juridictions et ce même si la solution a été rendue par la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

On ne peut pas se contenter de penser que le juge doit simplement appliquer la loi de façon mécanique car dans certains cas la loi peut être imprécise voire inexistante c'est-à-dire que le problème auquel est confronté le juge n'a aucune solution légale.

Autrement dit, la loi peut avoir des lacunes mais pas le droit ! Dans le cas où la loi serait lacunaire, le juge pourrait ne pas statuer en affirmant que le droit en vigueur ne lui permet pas de résoudre le problème. S'il fait cela, il commet un déni de justice (refus d'une juridiction régulièrement saisie de rendre une décision). Or, **l'article 4 du Code civil** interdit le déni de Justice : « *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de Justice.* »

Le juge doit donc trouver une solution. Il va soit interpréter la loi, la compléter voire même créer *ex nihilo* du droit.

- Il interprétera la loi lorsque celle-ci manquera de précisions. En effet, il peut arriver que la loi emploie des termes très généraux laissant ainsi au juge un espace de création. On dépasse alors le simple seuil de l'interprétation pour celui de la création.

Par exemple, en matière de contrôle de conventionalité, **l'article 55 de la Constitution** prévoyait quelle juridiction était compétente pour effectuer ce contrôle. **Le Conseil constitutionnel a refusé dans sa décision IVG du 15 janvier 1975. La Cour de cassation s'est déclarée compétente pour le faire dans son arrêt Société des cafés Jacques VABRE du 24 mai 1975 et le Conseil d'État dans son arrêt NICOLO du 20 octobre 1989.**

- Le juge en l'absence de texte va tout de même devoir solutionner le litige. Il peut aller voir du côté de la coutume. Si rien, il peut s'orienter du côté des précédents. Les précédents sont des répétitions de solutions à des affaires similaires. Il va alors adapter la solution et la motivation d'autres juges qui ont eu à connaître la même affaire que la sienne.

Mais que faut-il faire lorsqu'il n'y a ni loi ou que celle-ci est lacunaire, ni coutume, ni précédent et qu'il faut régler le litige ?

Le juge va alors à partir de textes, dégager la règle de droit nécessaire à la compréhension du litige. Vous noterez qu'il appuie souvent son œuvre créatrice sur un ou plusieurs textes. Il ne

crée pas du droit comme par magie mais il l'extrait de sources officielles. C'est le cas avec le juge administratif qui a longtemps dégagé des principes en raison du silence du droit administratif écrit, codifié.

Les PGD sont des règles élaborées par le juge administratif dont le respect s'impose à l'administration et qui intéressent la garantie de certains droits aux administrés. Ces principes sont déduits à partir de textes tels que la DDHC et les préambules constitutionnels.

***Exemple : Le Conseil d'État dans son arrêt du 5 mai 1944 Dame veuve TROMPIER GRAVIER a fait émerger le respect des droits de la défense et dans son arrêt du 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, le principe d'égalité devant les services publics.***

- Cette dernière fonction de la jurisprudence peut même influencer le législateur, le faire réagir soit positivement, soit négativement en adoptant une loi afin de faire tomber une jurisprudence ; preuve que la jurisprudence est en dessous de la loi.

***Exemple avec l'arrêt PERRUCHE rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000.*** Dans cette affaire, une femme enceinte a demandé à subir un séro-diagnostic de la rubéole après que sa fille et elle-même ont présenté des symptômes de la maladie.

Elle a expressément manifesté la volonté de recourir à une interruption volontaire de grossesse s'il s'avérait qu'elle n'était pas immunisée contre la rubéole. Des fautes commises par le médecin traitant et le laboratoire d'analyse ont faussement induit la femme dans la croyance qu'elle était immunisée. Son enfant est né gravement handicapé. Les parents ont demandé l'indemnisation de leur préjudice personnel ainsi que celui de leur enfant.

La Cour de cassation a admis l'indemnisation des parents mais également celle de l'enfant. Elle considère que l'enfant né handicapé pouvait lui-même demander réparation du préjudice résultant de son handicap lorsque sa mère a été privée, à la suite d'une faute médicale, de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse. Il y a donc ici création par la Cour de cassation d'un préjudice du seul fait de sa naissance !

Afin de contrer cette jurisprudence, **la loi du 4 mars 2002** a été adoptée : « *nul ne peut se prévoir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.* »

La jurisprudence ayant été définie, il convient désormais de s'intéresser à la doctrine (§2).

## § 2°) La doctrine

Le terme de doctrine peut se définir de deux façons :

- C'est l'ensemble des opinions émises par les personnes qui étudient le droit comme les enseignants-chercheurs, les avocats ou encore les juges.
- C'est l'ensemble des opinions scientifiques exprimées sur une question particulière du droit et qui vont faire autorité.

Attention, le rôle de la doctrine n'est pas d'être source directe du droit, elle ne crée pas de droit. L'opinion de ses auteurs ne peut pas s'imposer mais elle est consubstantielle au droit car elle va raisonner, faire écho dans le monde. L'un de ses buts est d'expliquer le droit positif ; elle va le rendre accessible, compréhensible.

La doctrine peut alors avoir une influence sur la loi et sur la jurisprudence.

### *Elle a tout d'abord une influence sur la loi :*

La doctrine va émettre des critiques sur un texte de loi en faisant par exemple apparaître les défauts de ce texte.

Elle peut même être force de proposition :

- Avec d'éventuelles corrections voire même des propositions de nouvelle loi. Cela peut alors influencer sur les travaux des membres du pouvoir législatif et du Gouvernement s'ils lisent ces travaux.
- Elle peut être consultée en amont du vote d'un projet de loi ou d'une proposition de loi. En effet, il arrive que les pouvoirs législatif et exécutif demandent expressément à la doctrine de rédiger des projets de réforme. C'est souvent le cas.

**Exemple 1 :** Le Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le **Doyen Georges VEDEL (professeur de droit public)**, était chargé d'établir un rapport au Président de la République dans lequel il proposait plusieurs projets de réformes

constitutionnelles. Ce comité était entre autres composé de grands noms de la doctrine publiciste tels que **Jean-Claude COLLIARD, Mireille DELMAS-MARTY, Olivier DUHAMEL, Louis FAVOREU, Alain LANCELOT, François LUCHAIRE et Didier MAUS.**

**Exemple 2 : Le Doyen CARBONNIER (professeur de droit privé)** a été sollicité de très nombreuses fois à partir des années 60 et a ainsi pris part à une rénovation du droit civil français.

***Mais la doctrine peut aussi avoir une influence sur la jurisprudence.***

La doctrine peut influencer les juges et leur jugement. Sa production est un élément parmi tant d'autres qui peut conduire le juge à prendre telle ou telle décision ou telle motivation.

**\*\*\*\***

Les sources du droit objectif ayant été abordées, il convient désormais de s'intéresser à sa mise en œuvre (**Chapitre 2**) ***abordé en Séance 7 en présentiel.***