

Cours de Droit Civil

2015
Premier Semestre

Table des matières

1 Introduction Générale	4
1.1 Le droit civil	4
1.1.1 La définition du droit civil	4
1.1.2 La place du droit civil	4
1.2 Le code civil	5
1.2.1 Les origines du code civil	5
1.2.2 Le destin du Code civil	7
 I Les règles de droit objectif	 9
2 Propos préliminaires	10
2.1 La notion de règle de droit	10
2.1.1 Les caractères de la règle de droit	10
2.1.2 La règle de droit et les autres "règles de vie"	10
 3 La source principale des règles de droit : les texte légaux	 12
3.1 La "pyramide des textes légaux"	12
3.1.1 Les différents textes légaux	12
3.2 La hiérarchie entre les différents textes légaux	15
3.2.1 La primauté d'un texte supérieur sur un texte inférieur	15
3.2.2 La primauté d'un texte spécial sur un texte général	17
3.3 L'application des textes légaux	17
3.3.1 L'entrée en vigueur du texte légal	17
3.3.2 L'empire temporel du texte légal	18
 4 Les coutumes	 22
4.1 Les éléments constitutifs de la coutume	22
4.1.1 Un usage ancien	22
4.1.2 Une conviction juridique	22
4.2 Le rôle de la coutume	22
4.2.1 "Secundum Legem" Selon la Loi	22
4.2.2 "Praeter Legem" À côté de la Loi	23

4.2.3 "Contra Legem" Contre la Loi	23
--	----

Chapitre 1

Introduction Générale

L'idée que le/la juriste a une grande mémoire est fausse. Le code civil est conséquent. Le raisonnement, l'argumentation, et la rigueur sont les qualités d'un juriste.

1.1 Le droit civil

1.1.1 La définition du droit civil

Gérard Cornu a été doyen (le plus âgé, ou celui qui dirige), disait dans "Vocabulaire Juridique" : "Partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes, aux biens, à la famille, aux obligations, et plus spécialement aux divers contrats".

Le droit civil n'est qu'une partie du droit privé. Le droit commercial, le droit des sociétés font partie du droit privé mais ne font pas partie du droit civil par exemple.

Le droit à l'image, le mariage, le PACS... relèvent du droit des personnes et donc du droit civil. Mr Cornu nous parle aussi du droit des biens : mobilier et immobilier ; qui relève du droit civil lui aussi.

Le doyen Cornu parle aussi des contrats, qui est un accord de volonté entre deux personnes (au moins) qui par cet accord conviennent de réaliser une opération quelconque (par exemple, contrat de vente entre un acheteur et un vendeur).

Enfin, les obligations font partie du droit civil. En droit civil, on parle d'obligation quand une personne donnée (un débiteur) doit de l'argent à une personne (le créancier). Exemple : une personne faisant du vélo ne voit pas un piéton qu'il renverse. Ce piéton finit blessé. Dans ce cas là, en droit français, le cycliste est responsable de l'accident qu'il a commis à l'égard de ce piéton, ce cycliste est responsable du dommage causé. Celui-ci doit donc indemniser ce piéton. Il y est tenu et donc obligé. Cycliste : débiteur ; piéton : créancier.¹

Les assurances dites "responsabilité civile" indemniseront à ma place les dommages que je cause.

1.1.2 La place du droit civil

"Le droit civil est donc une partie fondamentale du droit privé" Mr Cornu.

- Droit privé : le droit privé s'oppose au droit public. On parle de droit privé dès l'instant où l'on s'intéresse aux règles qui concernent le rapport des individus entre eux. Exemple :

1. Il est à noter qu'il y a des cas atténuants : piéton suicidaire par exemple, fort vent donc plus le contrôle du véhicule dans ce cas ci

les règles qui concernent les rapports entre un propriétaire d'un appartement et un locataire sont des règles de droit privé.²

- Droit public : On s'intéresse aux rapports entre les citoyens et l'État, les citoyens et les collectivités locales. Mais aussi entre l'État et les collectivités.^{3 4}

1.2 Le code civil

1.2.1 Les origines du code civil

L'essentiel du droit civil est dans le code civil. Le fait qu'en droit Français, l'essentiel du droit civil soit dans le code civil est une spécificité française. Qui dit code dit organisation rationnelle et pédagogique des matières traitées dans ce code. Si il n'y a pas de code, il n'y a pas cette organisation rationnelle et donc des magistrats faisant jurisprudence.⁵

Derrière le code civil, il y a Napoléon qui aurait dit "C'est l'oeuvre de ma vie". En effet, il a eu la volonté politique qu'il y ait, en France, un code civil depuis 1804

L'élaboration du Code civil

État des lieux avant 1804 : Il faut distinguer deux périodes historiques, avant la révolution française, puis de la révolution jusqu'à 1804. Avant la révolution : ancien droit français. De la révolution jusqu'à 1804 : droit intermédiaire.

Ce qui caractérise l'ancien droit français concernant les règles du droit civil, c'est la diversité des règles concernant leur origine. Diversité entraîne divisions. Le droit est un éclatement.

Dans l'ancien droit français, il y avait des provinces qui relevait du droit écrit.

Ces provinces étaient au sud de la France, le midi, où l'on parlait la langue d'Oc, leurs règles de droit civil qui s'y appliquaient étaient donc des règles qui avaient été mises par écrit et influencés par le droit romain.⁶

Derrière ces textes, il y avait l'idée que les textes romains avaient une rationalité supérieure.

Au nord et au centre de la France, les pays aux langues d'Oïl ont un droit civil dit coutumier. Un droit qui correspond à une pratique répétée dans le temps (la coutume⁷ donc). Ces coutumes se transmettent oralement.⁸

Les règles écrites s'opposent donc aux règles orales.

On distingue des coutumes principales et des coutumes secondaires. Voltaire, avant le début de la révolution avait dénombré près de 60 coutumes principales et de 300 à 700 coutumes locales. Sur le même sujet, il pouvait y avoir plusieurs réponses possibles, radicalement différentes. Voltaire : "On change de lois⁹ en voyageant aussi souvent que de chevaux".

Il y a aussi des règles de droit civil qui viennent de l'église. Ce sont des règles venant du "droit canoniques".¹⁰ L'église régit donc, à l'époque, un certain nombre de domaines, comme

2. Contrat entre le locataire et le propriétaire

3. Les réformes régionales de 2015 sont du droit public

4. Le droit constitutionnel est du droit public

5. qui dit code dit à priori facilité

6. Ces règles sont écrites en latin

7. La coutume est une loi qui s'impose d'elle même par sa répétition, personne n'est là pour la faire appliquer

8. Par nécessité pratique, ces règles orales se sont retrouvés à l'écrit. La coutume a été rapporté, non rationalisé : c'est un coutumier.

9. coutume

10. il existe un code canonique qui possède des canons, et non des articles

le mariage.

Encore une dernière source de droit : le droit royal, qui provient des ordonnances royales, mais de manière assez minimes.

Bilan : À cette époque c'est le bordel :

- Lois locales : orales/coutumes au centre et au nord de la France, écrites au sud
- Lois nationales : Église ou lois royales

L'exploit de Napoléon est donc de produire une seule source de lois, ce que la révolution Française n'as jamais réussi à faire.

Il est à noter que dans certains pays de par le monde, les lois coutumières existent encore.

Caractéristique du droit intermédiaire :

Il y a dans le code canonique qui s'appliquait à tout le monde. Le nouveau principe de la laïcité venu avec la révolution est donc important. Toutes les règles du droit intermédiaire sont donc laïque, l'Église n'a donc pas à interférer dans les dispositions qui s'appliquent aux citoyens.

Le signe de cette évolution est le mariage à la mairie. Les églises qui tenaient donc les registres de l'état civil n'en sont plus responsable, cette responsabilité allant désormais aux mairies.

Article 17 de la DDHC : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé".

Enfin, il y a égalité des citoyens entre eux, article 1 de la DDHC : "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit".

Ces principes rompent avec l'ancien régime. Les révolutionnaires ont passés beaucoup de temps à légiférer et batir un nouvel ordre juridique. D'où leur attachement à la loi dont l'objectif est de batir une société égalitaire.

La promulgation du Code civil

De 1790 à 1799, il va y avoir quatre tentatives pour donner à la France un code civil. Ce qui montre qu'il n'était pas facile d'élaborer et faire passer un seul code civil.

La cinquième tentative sera la bonne parce que le premier consul Bonaparte ¹¹ va charger une commission le 14 aout 1800 de préparer un code civil.

Les auteurs du Code civil

Cette commission est dirigée par Cambacérès, qui était un avocat ayant été ministre de la justice. Avec lui, il y a Tronchet, qui était président du tribunal de cassation (ancêtre de la cour de cassation), et sénateur de la Somme en 1801. Mais aussi Bigot de Préameneu, juge au tribunal de cassation. Maleville, juge également au tribunal de cassation. Le dernier est Portalis.

Ces cinq juristes vont, en quatre mois, rédiger le code civil. Or, le code civil ne va être promulgué qu'en 1804.

Il y a un discours préliminaire au code civil que l'on attribue à Portalis. Ce discours permet d'expliquer ce qu'est le code civil.

Le projet de code civil a été envoyé à tous les magistrats de France, afin d'être commenté et critiqué afin d'amélioré encore les choses. Ceci a pris un peu de temps.

Mais en fait, ce qui a pris le plus de temps est le fait que le projet a été présenté devant plusieurs assemblées et devant la difficulté législative, le projet a trainé en longueur.

Quand Bonaparte est devenu Napoléon, qu'il est devenu empereur, il l'a fais passé en "tapant sur la table" en 1804.

11. qui a pris le pouvoir le 9 novembre 1799

De par ses nombreuses participations aux séances de travail de rédaction du code civil, il déclarera que c'est l'oeuvre de sa vie.

C'est donc grâce à la volonté politique de Napoléon que le code civil sera promulgué le 21 Mars 1804.

Il faut savoir que le code civil a été découpé en 36 lois qui ont été fusionnés. Au moment de sa promulgation, le code civil a 2281 articles. Il est entendu que toutes les anciennes dispositions datant soit de l'ancien régime soit du droit intermédiaire sont abrogés.

En soumettant tous les Français aux mêmes règles, Napoléon crée l'unité, ce qui, pour lui, a une forte valeur politique.

Les idées directrices du Code civil

Ce qui est important dans le code civil, c'est bien sûr l'uniformisation des règles.

Dans la grande diversité des règles avant le code civil, il y a eu une prise des meilleurs textes qui existaient. Le code civil n'a pas été construit à partir de rien. En cela, les rédacteurs du code civil ont expliqués que le code était la réunion de toutes les règles ayant pré existés.

S'agissant d'un domaine particulier, le droit de la famille, qui dans l'ancien droit était régit par l'église, dans le code civil, il devient un modèle de société. Ce modèle de société est basé sur le mariage. Mariage conçu comme patriarcal avec le mari comme maitre et seigneur. La femme était juridiquement considéré comme incapable (le mari devait donner son accord sur tout).

Le code civil est d'inspiration bourgeoise et libéral (l'individuel étant mis en avant sur le collectif). Art 544 du code civil : ¹² "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la façon la plus absolue"

1.2.2 Le destin du Code civil

Le destin National

Qu'est-devenu le code civil de 1804 par rapport au code civil d'aujourd'hui ?

La table des matières est le plan du code civil.

Le code civil de 1804 est composé de quatre parties, le titre préliminaire et trois livres. Le titre préliminaire en 1804 est "De la publication, des effets et de l'application des lois en général", le livre Ier : "Des personnes", livre IIème : "Des biens et des différentes modifications de la propriété", livre IIIème : "Des différentes manières dont on acquiert la propriété". Le tout en 2281 articles.

Aujourd'hui, il y a toujours un titre préliminaire, mais 5 livres. Le titre préliminaire est le même qu'en 1804. Les trois premiers livres du code version 2015 sont les mêmes qu'en 1804. Les deux nouveaux livres sont : Livre IVème ¹³ : "Des suretés" ; Livre Vème ¹⁴ : "Dispositions relatives à Mayotte". Le code civil de 2015 comporte 2534 articles.

On pourrai se dire que les deux tiers n'ont pas changés, donc que le code civil de Napoléon s'appliquera encore. Ceci est à moitié juste. Ou à moitié faux...

En effet beaucoup de choses ont changés comme si, dans un bâtiment ancien, on gardait la façade puis on changeait l'intérieur. Le droit des personnes et le droit de la famille ont profondément changés, notamment le côté patriarcal du droit ou encore le mariage pour tous, le PACS...

En revanche, il y a des dispositions qui sont toujours les mêmes, qui n'ont pas changés depuis 1804. Par exemple, environ 80% des textes concernant les biens n'ont jamais changés,

12. Créé en 1804, toujours en vigueur

13. Apparu en 2006

14. 2002-2006

ce qui montre la grande qualité du code civil écrit en 1804.

Article 1382 qui s'applique toujours : "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui de la faute... à le réparer" Cet article a franchi le temps. Un code bien fait permet aux juges d'appliquer des principes anciens à la réalité du monde moderne. Cet article est par exemple utilisé dans les accidents de voiture.

Le destin International

Il faut distinguer deux périodes sur le destin international du code civil : une période qui est l'âge d'or du code civil (au 19e siècle), à cet âge d'or a succédé un déclin au 20e siècle.

Le succès du code civil résulte d'abord du fait des victoires militaires de Napoléon. Il appliquait le code civil aux pays conquis. Napoléon a conquis la Belgique, le Luxembourg et certains cantons Suisses. Quand Napoléon est défait, ces pays vont se débarrasser du code civil.

En revanche, en dehors des conquêtes militaires, le code civil est un exemple dans le monde entier, le Brésil (en 1831) le prendra en exemple comme le Chili (en 1835), le Québec (en 1870) ou encore la Roumanie (en 1865).

Pourtant, au 20ème siècle va suivre une période de déclin car à côté du code civil Français, il va y avoir le code civil Allemand (le BGB) qui lui aussi va unifier une nation (en 1900). Celui-ci sera donc aussi une référence dans d'autres pays du monde. Le Brésil va adopter le code civil allemand en 1916 comme le Mexique en 1928 ainsi que le Japon.

Il y a aussi le code civil Suisse de 1912 qui va influencer certains pays.

Au 20ème siècle, on voit apparaître deux grands systèmes juridiques, des pays de droit écrit. Ce sont essentiellement les pays du vieux continent mais surtout les pays de l'Europe du Sud. Ces pays s'opposent au monde Anglo-Saxon qui sont des pays de la common-law.

Il s'oppose au système romano-germanique car il y a pas ou peu de code, pas ou peu de lois. Tout repose sur les décisions des juges qui pallient aux manques de la loi. Ils appliquent la règle du précédent.

Le code civil va péricliter car les pays anglo-saxons vont se développer et donc imposer le système de la common-law.

À l'occasion du bi-centenaire du code civil, un bilan va pouvoir être dressé. Le code civil est une œuvre de cohérence et donc regardé à l'étranger quand il n'y a pas de solutions dans le droit national. Le code civil est comparable à la langue Française.

Première partie

Les règles de droit objectif

Chapitre 2

Propos préliminaires

On définit le droit objectif comme l'ensemble de toutes les règles juridiques applicables. Si on le définit en France, c'est l'ensemble des règles applicables en France.

Quand on parle de droit positif, on sous entend droit objectif positif. C'est l'ensemble des règles juridiques applicables à un moment donné.

Quand on parle du droit positif Français, on parle du droit objectif qui s'applique maintenant en France.

2.1 La notion de règle de droit

2.1.1 Les caractères de la règle de droit

Art 212 du code civil : "Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance".

L'article 212 a un caractère **général et impersonnel**, il s'applique à tous les époux sans en désigner un en particulier.

La loi utilise le verbe "devoir", la loi a donc un caractère d'**obligation**. Parfois, ce caractère découle de l'interdiction d'empêcher une possibilité offerte par la loi.

Art 218 : "Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue". Cette loi a un caractère obligatoire tout de même. Elle impose de laisser la possibilité de. On ne peut pas empêcher que cette possibilité existe.

Caractère coercitif : il y a un aspect de contrainte. Ce qui caractérise la règle de droit, c'est qu'elle est coercitive. Si les règles ne sont pas respectés, il y a dommages et intérêts. En pénal, la contrainte se traduit par l'emprisonnement, les amendes... Tout cela aboutit à ce que la règle de droit soit une contrainte et que cette contrainte mette en jeu l'état.

2.1.2 La règle de droit et les autres "règles de vie"

Règle de droit et règle morale

Le but de la règle morale tend au perfectionnement intérieur de l'homme et à l'épanouissement de sa conscience.

Le but de la règle de droit est le maintien de l'ordre social, éviter l'anarchie.

Lorsque l'on parle de règle morale, sa violation n'est pas sanctionnée par l'État. La sanction

est intérieur à la personne. Il y a cependant parfois quelques passerelles, des cas où la règle de droit fait appel à la morale. Par exemple, l'article 1133 dit que si un contrat ne respecte pas les règles de bonne moeurs, ce contrat devra être annulé.

Règle de droit et règle religieuse

Dans le cas d'une règle religieuse, la finalité est le salut de ses fidèles en relation avec Dieu (un ou plusieurs selon la religion). La règle de droit est d'expression laïque comme nous l'avons déjà expliqués. Dans le système Français, ces deux règles sont séparés par principe. Les deux sont donc indépendantes.

Il est possible de se marier à la fois non religieusement et religieusement, indépendamment l'un de l'autre. Si il y a mariage religieux (qui est facultatif car laissé à la liberté de conscience de chacun) mais intervient forcément après le mariage non religieux. Le "ministère du culte" ne peut marier que si l'on lui montre l'acte d'état civil de mariage. Si il ne le fait pas, il encoure une sanction pénale.

L'ordre civil et l'ordre moral sont bien séparés et fonctionnent plus ou moins harmonieusement chacun dans sa sphère, dans un respect mutuel.

Il existe cependant des pays où il n'existe pas de frontières entre règles religieuses et règles civil.

Chapitre 3

La source principale des règles de droit : les textes légaux

3.1 La "pyramide des textes légaux"

3.1.1 Les différents textes légaux

La constitution

L'étude de la constitution relève du droit public. La constitution actuellement en vigueur est la constitution de la Ve république du 4 octobre 1958.

Si l'on parle de la constitution, on doit se référer au préambule : la partie préliminaire de la constitution qui consiste en une proclamation solennelle de principes fondamentaux.

Il y a quelque chose d'essentiel dans ce préambule : "le peuple Français proclame son attachement à la DDHC de 1789 confirmée et complétée par le préambule de la constitution de 1946".

La DDHC de 1789 et le préambule de 1946 ont donc valeur constitutionnelle.

Bloc constitutionnel :

- constitution de 1958
- DDHC de 1789+préambule de 1946
- les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la république"¹ (principes dégagés par le conseil constitutionnel quand il est saisi)
- la charte de l'environnement de 2004.

Le tout s'applique.

Les textes internationaux

Cela correspond aux traités, aux accords, aux conventions ratifiés.

La constitution de 1958 donne une place à ces textes. L'article 55 dispose : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des Lois."

Puisque les textes internationaux sont devant la loi, on parlera de droit supranational.

Un texte international important est la CEDH² signée le 4 novembre 1950. Ce texte n'a

1. Par exemple, en 1971, le CC a rendu une décision : a considéré que le principe de la liberté d'association était fondamental et reconnu par les lois de république. Il a donc valeur constitutionnelle.

2. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales donc Convention Européenne

rien à voir avec l'Union Européenne. Ce texte est important car proclame un certain nombre de droits comme à l'article 8 qui dispose : "Toutes personnes a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance".

C'est la CEDH, la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui statue contre les États qui ne respecte pas la convention.

S'agissant de l'UE, tout est parti du traité de Rome du 25 Mars 1957, qui a créé la CEE³, l'ancêtre de l'UE. Puis Maastricht du 7 février 1992, puis enfin le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. Ceci, avec deux corollaires, créer un grand marché avec deux principes, libre circulation des marchandises et des personnes (Schengen).

Il y a un certain nombre de texte légaux qui viennent de l'organisation Européenne. Il y a le traité de fonctionnement de l'UE (TFUE). À côté, il y a le traité sur l'UE (le TUE). À partir de ces traités, il est habituel de parlé des droits de l'UE primaire (droit issu des traités), ainsi que du droit de l'UE dérivé (droit qui découle des organes de l'UE).

Il y a dans les droits primaires et dérivés les règlements de l'UE ainsi que les directives. Les règlements sont des textes légaux Européens qui contiennent des règles de droit obligatoire et directement applicable dans les pays membres de l'UE. Article 288 du TFUE qui dispose : "Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre."

Les règlements de l'UE proviennent soit du Conseil Européen soit du parlement Européen.

Les directives de l'UE sont, quant à elles, obligatoire mais elles ne sont pas directement applicable. Chaque État membre de l'UE est tenu de transposer dans ses textes de droit internes les objectifs assignés par la directive. Article 288 du TFUE qui dispose "La directive lie tout État membre destinataire quant aux résultats à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."

Si les règlements ne sont pas respectés, la CJUE peut condamner les États membres. Concernant les directives, il y a des objectifs à atteindre, souvent, il y a un calendrier de prévu. Les États membres peuvent aller dans les généralités prévus ou aller plus loin encore. On dit qu'un État transpose une directive dans son droit national.

Si le délai de la directive est écoulé et que la transposition n'a pas été faite en droit national, il y a condamnation.

Au fil du temps, plus il y a de règles légales qui émanent de l'UE. Les domaines gérés par l'UE sont essentiellement de l'ordre de l'économie, cela va de plus en plus loin, jusqu'à sortir parfois de ce domaine économique.

On parle parfois de bloc conventionnel.

Les Lois et les ordonnances

La Loi est un texte légal voté par le parlement Français, composé de l'AN et du Sénat. Il y a les lois organiques, fixant dans le cadre de la constitution, les règles relatives aux pouvoirs publiques.

Les lois ordinaires, posent un premier problème : les parlementaires devaient-ils traiter toutes les questions d'ordre juridique? Avec un système juridique romano-germanique (beaucoup d'écrit), il y aurai énormément de domaines sur lesquels légiférer. Il y a donc une liste dans la constitution des domaines dans lesquels les parlementaires peuvent légiférer. Les autres questions sont réglés par le gouvernement directement, par décret.

L'article 34 dispose donc : "La Loi fixe les règles concernant :

- La nationalité
- La capacité des personnes

des Droits de l'Homme

3. Communauté Économique Européenne

- Les régimes matrimoniaux
- Les successions

...

- la détermination des crimes et délits et les peines qui leurs sont applicables

...

La loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété[...]du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale etc..."

Le législateur est l'autorité qui établit les Lois. En France, le législateur est le parlement.

Une **ordonnance** est un texte légal provisoire exceptionnellement pris par le gouvernement dans le domaine de l'article 34. L'ordonnance a valeur équivalente d'une loi ordinaire. L'ordonnance, quand elle est ratifiée par le parlement, devient une vraie Loi.

Le gouvernement doit être autorisé par le parlement pour prendre l'ordonnance. Mais le parlement aura le dernier mot quoiqu'il arrive car c'est à lui de ratifier ou non l'ordonnance. Celle-ci a une durée de vie programmée au terme duquel elle sera ratifiée ou non.

Les règlements administratifs

On exclura ici les règlements de l'UE.

Les règlements administratifs sont des règles de droits qui sont élaborées par des autorités administratives. Le PR, le PM, le Gouvernement, le Maire d'une ville, le président d'une région sont des autorités administratives. Ces règlements administratifs vont se trouver illustrés sous forme de décrets, et sous la forme d'arrêtés.

Il existe deux grandes familles de décrets : d'une part, des décrets individuels (par exemple, décret de nomination), et d'autres qui sont généraux et impersonnels.

Les décrets généraux et impersonnels contiennent des règles de droit. Ils sont de deux sortes. Il y a des décrets autonomes, et des décrets d'application.

Les décrets autonomes relèvent de l'article 37 de la constitution. Ils sont de la compétence du Gouvernement. L'article 37 dispose "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la Loi ont un caractère réglementaire." Les autres domaines que ceux cités dans l'article 34 relèvent donc des décrets autonomes et donc du Gouvernement.

Procédure : Ensemble des règles applicables dans un procès. Si l'on s'intéresse aux règles de procédures pénales, elles sont dans la liste de l'article 34 donc relèvent de la Loi. En revanche, les règles de procédure civile n'est pas une question inscrite dans l'article 34, donc relèvent des décrets autonomes.

Les décrets sont dits autonomes car ils ne dépendent pas de la loi alors que les décrets d'application relèvent de l'application des lois, donc dépendent de la loi que ce décret doit appliquer.

Ces décrets d'application des lois sont de la compétence du Gouvernement. L'article 21 de la constitution dispose charge le premier ministre "d'assurer l'exécution des lois". L'objectif du décret d'application d'une loi est de faciliter cette application en détaillant, en précisant et en complétant le texte de loi.

Si il existe un ou plusieurs décrets d'application d'une loi, cela permet de mieux comprendre la loi et donc de mieux l'appliquer.

Dans la loi elle-même, rien n'est dit concernant l'éventualité d'un décret d'application. Le législateur n'a pas prévu de décrets d'application. Dans cette hypothèse, c'est le gouvernement qui fait le choix ou non, de produire un décret d'application. Ce qui revient à dire que toutes les lois ne font pas l'objet de décrets d'application.

Deuxième hypothèse, la Loi prévoit souvent le renvoi pour des informations supplémentaires à des décrets d'application qui suivront. Le Gouvernement devra donc prendre ces décrets.

Il n'est pas rare que trop de lois soient votées et que donc, les décrets d'application soient pris très en retard.

Il existe deux types d'arrêtés (réglementaires) : arrêtés individuel (arrêtés de nomination) et, généraux et impersonnel.

Les arrêtés généraux et impersonnel vont concerner des autorités administratives qui sont moins importantes que la présidence de la République. Un Maire prend des arrêtés, par exemple au niveau de la circulation.

Les circulaires administratives

Ces circulaires administratives peuvent émaner de diverses autorités administratives comme les ministres, un président d'Université etc...

Ces circulaires concernent un domaine bien particulier. Elles vont aller encore plus loin dans les explications d'une Loi ou d'un règlement administratif. Ces circulaires sont facultatives : il est facultatif pour les autorités administratives de prendre des circulaires. Si une autorité prend une circulaire, c'est qu'elle estime qu'il y a lieu de préciser les choses.

Une fois qu'une circulaire est prise, est-elle opposable ou s'impose-t-elle ? S'agissant de la Loi, des décrets, des arrêtés, ils s'imposent. Il faut distinguer selon que la circulaire concerne le droit privé ou le droit public.

Si elle concerne le droit privé, le principe est que cette circulaire n'a pas de caractère obligatoire. Dans le domaine judiciaire, la circulaire n'a pas de caractère obligatoire pour tout le monde. Les circulaires n'ont de caractères obligatoires que pour les fonctionnaires auxquelles elles sont adressées dans le cadre de leur fonction. Elles ne sont pas obligatoires aux juges ainsi que tous les autres citoyens.

Cela est une décision de la Cour de Cassation du 11 Janvier 1816 à la chambre des requêtes. "Les circulaires administratives, sans lier les juges, n'obligent que les fonctionnaires auxquels elles sont adressées et dans la sphère de leurs fonctions."

Pour les circulaires qui concernent le droit public, c'est plus compliqué. Les juges, les juridictions administratives distinguent les circulaires réglementaires obligatoires et les circulaires interprétatives qui sont facultatives.

Lorsqu'en droit public, l'on a à faire à une circulaire qualifiée de circulaire administrative, elle est obligatoire pour tout le monde.

Un recours contre une circulaire de droit privé se fera devant des tribunaux judiciaires, une circulaire de droit public devant des tribunaux administratifs.

3.2 La hiérarchie entre les différents textes légaux

3.2.1 La primauté d'un texte supérieur sur un texte inférieur

Il faut distinguer trois grandes hypothèses.

La première est quand le texte inférieur contient une disposition contraire au bloc constitutionnel. Si le texte inférieur est une Loi, la problématique relève du Conseil Constitutionnel.

- Si la Loi n'a pas encore été promulguée, un certain nombre d'autorités (PR, PM, Président de l'AN, du Sénat, 60 députés ou 60 sénateurs) peuvent saisir le Conseil Constitutionnel qui aura le choix de déclarer que la Loi est constitutionnelle (donc conforme au bloc de constitutionnalité) et donc valable ou de déclarer que la Loi est anticonstitutionnelle (non conforme) et donc non valable. Seules quelques parties de la Loi peuvent être déclarées non conformes. Le CC fait parfois une réserve d'interprétation, la Loi doit être interprétée comme le dit le CC.

- Si la Loi a été promulguée, et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un examen au CC, par la suite, dans le cadre d'un procès en instance judiciaire ; l'une des parties à ce procès peut poser une QPC.⁴ Le juge va alors surseoir à statuer et va adresser la requête de QPC devant la Cour de Cassation qui choisit ou non d'envoyer la requête au Conseil Constitutionnel.
- Dans le cas d'un décret autonome qui ne respecterait pas le bloc Constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité ne sera pas fait par le Conseil Constitutionnel mais par les juridictions administratives.

Dans le délai de 2 mois à compter de la publication au Journal Officiel du décret autonome mis en cause, un recours en annulation dans le cadre d'une procédure dite REP.⁵ Le Conseil d'État peut alors annuler tout ou partie du décret.

Quand les deux mois se sont passés, devant toute juridiction administrative, dans le cadre d'une action en justice engagée, il y a possibilité pour les parties de soulever devant la juridiction l'exception d'inconstitutionnalité. Le tribunal administratif devra donc juger de la constitutionnalité du décret et choisira de l'écarter ou non (et non pas l'annuler).

Le décret d'application d'une loi n'est pas susceptible d'être contrôlée (théorie de la Loi écran).

- Les conventions internationales peuvent aller à l'encontre du bloc constitutionnel ?
Si le Conseil Constitutionnel est saisi avant la ratification de la convention internationale, il peut déclarer la convention non conforme et donc le traité ne pourra pas être ratifié (Art 54 de la constitution). Dans ce cas, soit le gouvernement en reste là, soit le gouvernement change la constitution.
Si le problème se pose après la ratification, la solution a été donnée par un arrêt pris en Assemblée Plénière en Cour de Cassation le 2 Juin 2000 qui dispose "La suprématie conférée aux engagements internationaux sur les Lois par l'article 55 de la Constitution ne s'appliquent pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle."
C'est à dire que la constitution est toujours supérieure aux conventions.

Les Rapports entre les conventions, la Loi et les décrets

Une question qui s'est vite posée, en 1975, le législateur avait voté la loi Veil (sur l'IVG), le conseil constitutionnel a dû valider cette loi au regard des conventions européennes, la CEDH. La particularité est ici, de poser la question par rapport à une convention et non pas à la constitution.

Le CC a déclaré dans sa décision du 15 Janvier 1975 qu'il ne lui appartenait pas le contrôle de conventionnalité. Ce n'est pas son travail.

La question s'est donc posée devant des juges judiciaires. Le droit Français était contradictoire avec les conventions.

La Cour de Cassation, dans une décision du 24 Mai 1975 prise en chambre mixte,⁶ a considérée que les juges de l'ordre judiciaire pouvaient exercer un contrôle de conventionnalité. Les juges judiciaires peuvent donc exercer le contrôle de conventionnalité. Si la Loi est non conforme, la convention s'applique et non la Loi.

En 1989, le Conseil d'État, dans une décision du 20 Octobre, que l'on appelle l'arrêt Nicolo⁷ va exactement dans le même sens que la Cour de Cassation. Les juges administratifs vont donc pouvoir aussi exercer un contrôle de conventionnalité.

Les rapports entre les décrets d'application et la Loi

Première possibilité : dans les deux mois de la publication de ce décret d'application, l'on exerce dans le cadre d'un REP⁸, on peut exercer un recours en annulation devant le conseil

4. Question Prioritaire de Constitutionnalité

5. Recours pour Excès de Pouvoir

6. D.1975, p497

7. JCP 1989, 2ème part, 21371

8. Recours pour Excès de Pouvoir

constitutionnel.

Si les deux mois sont passés, on fait le recours dans une affaire en cours devant un juge administratif (et parfois même le juge judiciaire pénal) qui pourra prononcer l'exception d'illégalité. Si le décret d'application est illégal par rapport à la Loi qu'il doit faire appliqué, le décret est écarté et non pas annulé.

3.2.2 La primauté d'un texte spécial sur un texte général

Dans un problème juridique, on a une série de textes légaux. On sait maintenant ceux qui sont les plus importants, et ceux qui sont moins importants. Il y a dans ces textes, certains qui sont généraux, d'autres spéciaux, au sens de spécifique. Les textes spécifiques doivent être utilisés en priorité.

Par exemple, dans le code de la santé publique, s'agissant des relations et du consentement en matière de soins, il existe un article L.1111-2 al. 1er qui dispose "Toute personne a le droit d'être informé sur son état de santé.", il est sous entendu "elle même, directement", mais aussi que le droit à la non information existe. Cet article contient donc une règle générale

Pourtant, il existe un alinéa 5 à cet article qui dispose "Le droit des mineurs ou des majeurs sous tutelle [...] sont exercés selon les cas par les titulaires de l'autorité parentale, ou par le tuteur".

La règle spécifique s'applique donc en lieu et place de la règle générale.

3.3 L'application des textes légaux

3.3.1 L'entrée en vigueur du texte légal

La promulgation et la publication du texte légal

Concernant les Lois : La promulgation est "l'acte par lequel le Chef de l'État atteste l'existence de la Loi et donne ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette Loi". Cette définition découle d'une décision du Conseil d'État qui a été rendue le 8 Février 1974 lors de l'affaire commune de Montory.⁹

Formellement, c'est un décret, de promulgation. Cela ne concerne que la Loi elle même.

Loi 2013-660 du 22 Juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et la recherche : "L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, le Président de la République promulgue la Loi dont la teneur suit [...] la présente loi sera exécuté comme loi de l'État."

L'article 10 de la constitution dispose "Le Président de la République promulgue les Lois dans les 15 jours suivant la transmission au Gouvernement de la Loi définitivement adoptée". Dès l'instant où le CC est saisi, le PR doit attendre la décision du CC pour promulgué la Loi.

Concernant la publication des Lois, des ordonnances, des règlements administratifs : l'article 1er du code civil traite de cette publication. Les règlements administratifs sont des actes administratifs mentionnés dans cet article. La question que l'on peut se poser c'est si les Lois, comme les actes administratifs, doivent être publiées.

L'ordonnance n°2004-164 du 20 Février 2004 relative aux modalités et aux effets de la publication des Lois et de certains actes administratifs, dispose à l'article 2 "sont publiés au journal officiel de la république française les lois, les ordonnances, les décrets...".

Publier, dans le sens premier, c'est rendre publique. Rendre publique c'est porter à la connaissance de tous un texte légal. L'ordonnance du 20 Février 2004 nous dit "La publication est assuré le même jour sur papier et sous forme électronique". Le JO est donc disponible de manière permanente et gratuite.

9. JCP 1974, 2ème partie, n°17703

L'entrée en vigueur

Le texte légal a fait l'objet d'une publication, mais à quel moment ce texte publié entre en vigueur ? L'entrée en vigueur est le moment où nul n'est censé ignorer la loi.

Si il n'y a aucune date d'entrée en vigueur dans le texte légal lui-même, on retourne à l'article premier du code civil, qui dit que si une loi n'a pas de date d'entrée en vigueur, il entre en vigueur le lendemain de la publication. "[...]entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication."

Le décret de promulgation de publication se fait en même temps. Par exemple, une Loi promulguée et publiée le 10 septembre dans laquelle rien n'est dit son entrée en vigueur, son entrée se fait le lendemain, soit le 11 septembre.

Il existe cependant une exception annoncée dans l'article premier, alinéa premier : "Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures." Lorsqu'il y a des décrets d'application qui sont nécessaires pour que la Loi entre en vigueur, on dira que la Loi entre en vigueur que le lendemain du jour de la publication du décret d'application.

Quand le texte prévoit sa date d'entrée en vigueur, et que cette date est postérieure au lendemain de la promulgation, alors le texte entre en vigueur à la date prévue.

L'exception qui est prévue est que, dans certains cas d'urgence, et par nécessité absolue, il y a possibilité que le texte publié entre immédiatement en vigueur.

3.3.2 L'empire temporel du texte légal

Lorsqu'une loi nouvelle remplace une loi ancienne, il y a une zone d'empiètement. On ne sait donc pas si c'est la loi ancienne ou nouvelle qui s'applique. Il peut ne pas avoir y avoir cette zone.

Si il n'y a pas empiètement

"La loi ne dispose que pour l'avenir"

À travers l'article 1er in limine, la Loi nouvelle intervient sur un domaine où il n'y a pas eu de Lois antérieures. C'est une nouveauté législative. Il n'y a donc aucun problème, on applique la nouvelle loi dans l'avenir.

Si une Loi nouvelle succède à une Loi ancienne, la Loi ancienne s'arrête au moment où la Loi nouvelle entre en vigueur. Ces deux Lois traitent bien sûr du même sujet. Ici, on parle d'une réforme ou d'une modification administrative.

Pour que la loi ancienne cesse d'exister, celle-ci doit être abrogée. Le législateur, dans la Loi nouvelle, déclare, de façon expresse, que la Loi ancienne est abrogée.

L'abrogation peut être tacite. Dans ce cas là, le législateur n'a pas bien fait son travail. On va donc considérer que la nouvelle Loi abroge de façon tacite l'ancienne Loi si les dispositions de la nouvelle Loi vont dans un sens complètement différent que dans la Loi ancienne.

Si, d'aventures, une Loi ne sera plus appliquée, et pourtant il n'y a pas d'abrogation ; on dit que cette loi est tombée en désuétude. Même si une loi est tombée en désuétude, tant qu'elle n'est pas abrogée de façon expresse ou tacite, elle peut être appliquée.

La Loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir, la Loi ancienne ne disposait que pour le passé.

"[La loi] n'a point d'effet rétroactif"

Si l'on admet de façon générale la rétroactivité, nous serions dans une sorte d'insécurité permanente. Car ce que nous faisons en fonction des lois en vigueur pourrait être remis en question par une loi future que nous ne connaissions pas au moment des faits.

Si la loi nouvelle ne relève pas du droit pénal, nous verrons d'abord le droit civil puis le droit fiscal. Dans le code civil, l'article 2 dispose que la Loi n'a pas d'effet rétroactif. Cependant, aucune convention n'interdit cette rétroactivité. Au niveau constitutionnel, le Conseil

Constitutionnel a déclaré qu'on ne trouvait pas cette règle de non rétroactivité dans le bloc constitutionnel (décision du 7 Novembre 1997 n°97-391) : "considérant que le principe de non-rétroactivité des Lois n'a valeur constitutionnel[...]qu'en matière répressive¹⁰."

C'est un raisonnement "à contrario", par lequel on déduit "en sens contraire" une règle d'une autre règle posée. Ici, seulement en matière pénale la rétroactivité a valeur constitutionnel. La décision sera confirmée par la cour de Cassation à la première chambre civile (Civ 1ère, 20 Juin 2000 ; D.200,p699) "En matière civile, le législateur n'est pas lié par le principe de non-rétroactivité des lois"; c'est à dire que l'article 2 du code civil n'est pas confirmé par un texte supérieur et donc ne s'impose pas au législateur.

Même si la théorie l'autorise, en pratique, la loi rétroactive est très rare car elle créerait une grande insécurité juridique, un grand désordre. Pour qu'une loi civile puisse être rétroactive, il faut que le législateur indique expressément que la loi est rétroactive.

S'agissant des lois fiscales, l'enjeu est de savoir si une loi peut, de façon rétroactive supprimer un avantage fiscal ou imposer une nouvelle taxe. Ici, le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer le 18 Décembre 1998 (décision 98-404) : "considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive, que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant..."

Dans cette décision, une partie de la loi de financement de la sécurité sociale de 1998 avait été censurée partiellement car une disposition ne comportait pas un motif d'intérêt général suffisant.

Si la loi nouvelle relève du droit pénal, on s'intéresse au code pénal. Code qui consacre un article, le 112-1 à la rétroactivité qui dispose "Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis."; "Peuvent seuls être prononcées les peines légalement applicables à la même date."; "Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquant aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes"

Il y a donc un principe de non rétroactivité, mais il y a une exception sur l'alinéa 3 : rétroactivité de la loi pénale plus douce.

Cette non rétroactivité de la loi pénale, à la différence de la non rétroactivité de la loi civile, apparaît au niveau des conventions mais aussi de la constitution.

Au niveau conventionnel, il faut se reporter à l'article 7, alinéa premier de la CEDH. Au niveau constitutionnel, il y a l'article 8 de la DDHC qui dispose "Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit".

On en déduit que contrairement au droit civil où la règle de non rétroactivité pouvait être dérogée, ce n'est ici pas le cas.

Définition légale des infractions que sont les crimes et délits, la détermination des crimes et délits ainsi que leurs peines applicables relèvent de la loi. Contravention (tribunal de police); délit (tribunal correctionnel); crime (cour d'assises), les crimes et délits relèvent de la loi. L'alinéa 1 définit donc les faits, et l'alinéa 2 la légalité des peines.

La rétroactivité par exception de la loi pénale plus douce : si un fait a été commis à un moment et si la procédure pénale dure, que l'affaire n'est pas définitivement jugée (elle n'a pas force de choses jugées : un jugement a force de choses jugées quand il n'est plus susceptible d'aucuns recours en droit interne), et qu'une nouvelle loi remplace l'ancienne en réduisant la peine; on considère dans ce cas là en application de l'article 112-1 que la Loi va s'appliquer de manière rétroactive.

C'est la rétroactivité "in mitius". Cette rétroactivité est consacrée dans les conventions internationales mais aussi dans la constitution. Au niveau conventionnel, ceci est consacré dans le pacte international de New York de l'ONU le 19 Décembre 1966 qui le prévoit dans son article 15 in fine. Au niveau constitutionnel, il faut se référer à une décision du 20 Janvier 1981,

10. Relevant du droit pénal

la n°80-127 : "Sont contraires à la Constitution les dispositions d'une Loi tendant à limiter les effets de la rétroactivité [in mitius], en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre aux juges de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires."

Exception générale au principe de non rétroactivité : rétroactivité de la loi interprétative, la loi interprétative est toujours considérée comme rétroactive, et rétroactive à la loi qu'elle interprète.

Une loi interprétative est, selon un arrêt de la Civ. 3ème du 27 Février 2002, Bull.civ.III, n°53 : "Une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître sans rien innover un état de droit pré-existant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse". La loi interprétative ne fait qu'expliquer, définir des points obscurs de la loi qu'elle interprète (donc forcément postérieur à elle-même). Si la loi "interprétative" crée de nouvelles notions, c'est une nouvelle loi qui modifie la loi ancienne. Elle n'ajoute donc rien, elle ne fait qu'interpréter.

Celle-ci sera donc rétroactive car elle fait corps avec la loi qu'elle interprète. Ce sont les juges qui jugent si la loi considérée comme interprétative est vraiment interprétative et donc si elle est rétroactive.

La loi nouvelle empiète sur la loi ancienne

Nous sommes dans une situation, où, le jour de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, la loi ancienne existe toujours. Il y a empiètement quand pour une situation juridique placée sous l'empire d'une loi ancienne, une nouvelle loi intervient. Parler d'empiètement revient alors à dire : quelle est de la loi ancienne ou de la loi nouvelle celle qui va s'appliquer ? Il existe deux solutions.

La difficulté peut être résolue de façon expresse par le législateur. Actuellement, le législateur s'occupe de ces questions et écrit donc dans la loi ce qu'il faut faire, ceci s'appelle les "dispositions transitoires". Exemple, l'ordonnance 2005-759 du 4 Juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation, a un article 20 qui traite des dispositions transitoires de cette ordonnance.

La difficulté n'est pas résolue expressément par le législateur. On va voir les auteurs (la doctrine) puis les décisions des tribunaux judiciaires (jurisprudence).

Théorie classique : théorie qui procède à une distinction entre les droits acquis, et les expectatives de droit. Un droit acquis est un droit qui est entré définitivement dans le patrimoine d'un sujet de droit. En revanche, les expectatives de droit ou encore les "espérances de droit" ne sont pas encore rentrées complètement dans le patrimoine. Quand, dans une situation d'empiètement, on découvre qu'il y a eu un droit acquis, ce droit va être gardé et donc la loi ancienne sera appliquée.

En revanche, si, au moment où la nouvelle loi entre en vigueur, l'intéressé n'a qu'une expectative de droit, c'est alors la loi nouvelle qui s'applique.

C'est le juge qui dit si le droit est acquis ou espéré.

La théorie moderne : la théorie de l'effet immédiat "Paul Roubier" qui date de 1929, dans "Le conflit des lois dans le temps". Roubier dit qu'il faut distinguer deux types de situation juridiques : les situations terminées au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ; les situations en cours lorsque la nouvelle loi intervient.

Dans des situations juridiques non terminées, c'est la loi nouvelle qui doit s'appliquer au nom de l'immédiateté de la loi nouvelle.

Il y a deux grandes catégories de solutions jurisprudentielles.

Quand on a à faire à une situation non contractuelle en cours, c'est une application immédiate de la loi, quand c'est contractuelle, c'est la loi ancienne qui s'applique.

Application immédiate aux situations non contractuelle en cours, cette application, nous avons une décision rendue par la Civ 3ème du 13 novembre 1984, Bull.civ n°189. "Toute loi

nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur."

En matière d'état et de capacité des personnes, on applique là aussi ce principe. Paris, 26 Novembre 1968, Gaz.Pal 1969, 1ère partie, p72.

Exception : dès lors que l'on a à faire à une situation juridique non contractuelle en cours au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, si cette loi touche à un droit acquis (sous l'empire de la loi ancienne), c'est la loi ancienne qui continuera à s'appliquer.

Civ du 29/12/1942 sur le sujet du divorce, prise par le régime de Vichy le 2 avril 1941. Le doyen Carbonnier dira à propos de cette loi : "La loi de 1941, ce n'est pas une loi sur le divorce, c'est contre le divorce". La C.Cas "Attendu que toute loi nouvelle s'applique aux situations établies et aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation (et son entrée en vigueur) quand cet application n'a pas pour résultat de faire échec à des droits acquis". Toute loi nouvelle a vocation à s'appliquer aux situations non contractuelles en cours, mais si cela touche à des droits acquis, la loi ancienne continue à s'appliquer. Si la loi nouvelle ne porte atteinte qu'à des expectatives de droit, la loi nouvelle s'applique.

Civ 1ère, Juillet-2009, Bull.civ.I n°144 : cette décision confirme la décision de 1942.

L'application de la loi ancienne aux situations contractuelles en cours. En principe, sur ces situations, c'est la loi ancienne qui s'applique.

Civ 1ère du 12 Juin 2013, Bull.civ.I n°125 : "La loi nouvelle ne s'applique pas aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur sauf rétro-activité expressément décidé par le législateur".

Les tribunaux dans quelques domaines particuliers considèrent que certaines lois impératives, d'ordre public, ayant des buts économiques ou sociaux doivent être appliqués immédiatement même aux contrats en cours. "Les considérations d'ordre public sont particulièrement impérieuses."

Attention, toutes les lois d'ordre publiques ne sont pas toutes d'applications rétro-actives. Soc 12 Juillet 2000, Bull.civ.V n°278 : "L'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours, et conclut avant leur entrée en vigueur, des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la protection ou la condition du salarié."

Il y aussi une autre justification visant à appliquer la loi nouvelle de manière rétro-active, qui repose sur la théorie des "effets légaux du contrat".

Chapitre 4

Les coutumes

Si la source principale du droit est les textes légaux, la source secondaire est la coutume.

4.1 Les éléments constitutifs de la coutume

4.1.1 Un usage ancien

Pour qu'il y ait coutume, il faut qu'il y ait un usage établi, répété au fil du temps. Ce n'est qu'au bout d'un certain temps, que parce que cet usage s'est répété qu'on dira qu'il y a coutume.

"Il faut que l'on puisse dire : tout le monde fait comme cela" Cornu.

4.1.2 Une conviction juridique

Au facteur temps, qui est un élément objectif, s'ajoute un facteur subjectif, un élément psychologique. Pour qu'on puisse parler de coutume, il faut que celle et ceux qui appliquent la coutume, aient le sentiment qu'ils doivent appliquer cette coutume.

Celui qui applique une coutume est persuadé que la règle coutumière doit avoir la conviction qu'il applique une règle de droit obligatoire.

La coutume est un fait social.

L'adhésion de ces deux facteurs créent la coutume.

4.2 Le rôle de la coutume

Quelle place occupe la coutume en droit français ? Les auteurs distinguent trois hypothèses.

4.2.1 "Secundum Legem" Selon la Loi

Dans cette hypothèse, il n'y a pas de conflit entre la Loi et la coutume. La coutume intervient à la demande de la Loi. C'est la Loi elle-même qui renvoie à la coutume. Elle peut le faire de façon explicite ou implicite.

Explicite comme dans l'article 1135 du code civil où le mot usage est utilisé.

Implicite comme dans l'article 6 du code civil où l'expression bonne mœurs est utilisée, et donc, renvoie à la morale et aux coutumes. Baudelaire a par exemple été condamné pour atteinte aux bonnes mœurs pour "les fleurs du mal".

4.2.2 "Praeter Legem" À côté de la Loi

Ce sont des coutumes qui interviendraient dans des domaines où la Loi ne dirait rien. On peut admettre qu'il y ait des domaines où la Loi ne dirait rien et donc qu'il y aurait coutume. Cependant, d'une part, il faudrait que la coutume soit assez importante, et d'une autre part, que si une telle coutume existait, c'est que le législateur le veut bien.

Un exemple traditionnel est la règle coutumière permettant à la femme mariée de porter le nom de famille de son mari. Désormais les textes du code civil sous-entendent un certain nombre de choses et donc l'exemple est moins vrai.

4.2.3 "Contra Legem" Contre la Loi

Une coutume ne peut aller à l'encontre de la Loi. La coutume sera écartée dans le cadre d'une procédure.

Si la coutume a une faible importance dans le droit interne (pas pour tous les pays), elle peut être très importante dans les relations internationales, notamment dans le domaine du commerce international.