

Cours de Droit Civil  
UFR Amiens

2015-2016  
Premier Semestre

# Table des matières

<b>1 Introduction Générale</b>	<b>4</b>
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
 <b>I Les règles de droit objectif</b>	 <b>9</b>
<b>2 Propos préliminaires</b>	<b>10</b>
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
 <b>3 La source principale des règles de droit : les texte légaux</b>	 <b>12</b>
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
 <b>4 Les coutumes</b>	 <b>22</b>
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
<b>II Les sources indirectes de droit objectif</b>	<b>24</b>
<b>5 La jurisprudence</b>	<b>25</b>
5.1 Définitions possibles de la jurisprudence . . . . .	25
5.2 Jurisprudence et décisions de justice considérés isolément . . . . .	25
5.2.1 Une décision de justice est rendue par un magistrat disant le droit . . . . .	25
5.2.2 Une décision de justice est rendue par un magistrat ne faisant pas le droit	27
5.3 Jurisprudence et décisions de justice considérés dans un ensemble . . . . .	28
5.3.1 La jurisprudence est une source indirecte du droit objectif . . . . .	28
5.3.2 La jurisprudence est une source incertaine du droit objectif . . . . .	28
<b>6 La doctrine</b>	<b>29</b>
6.1 La définition de la doctrine . . . . .	29
6.2 Le rôle de la doctrine . . . . .	29
6.2.1 Inspirer le juge . . . . .	29
6.2.2 Influencer le législateur . . . . .	29
<b>III Les droits subjectifs</b>	<b>30</b>
<b>7 La preuve des droits subjectifs</b>	<b>31</b>
7.1 Les préalables à toutes les preuves . . . . .	31
7.1.1 La charge de la preuve . . . . .	31
7.1.2 La recherche de la preuve . . . . .	31
7.2 La preuve selon la nature du droit subjectif envisagé . . . . .	31
7.2.1 La preuve d'un acte juridique . . . . .	32
7.2.2 Le règne partagé de la preuve par écrit . . . . .	36

# 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<sup>1</sup>, 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 convienne 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).

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 : les règles qui concernent les rapports entre un propriétaire d'un appartement et un locataire sont des règles de droit privé.<sup>2</sup>
- Droit public : On s'intéresse aux rapports entre les citoyens et l'État, les citoyens et les

---

1. Un doyen est quelqu'un soit qui dirige une université (comme Cornu), soit l'homme le plus âgé

2. Contrat entre le locataire et le propriétaire

collectivités locales. Mais aussi entre l'État et les collectivités.<sup>3 4</sup>

## 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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

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 coutume<sup>7</sup> donc). Ces coutumes se transmettent oralement.<sup>8</sup>

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 lois<sup>9</sup> 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".<sup>10</sup> L'église régit donc, à l'époque, un certain nombre de domaines, comme le mariage.

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

---

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

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 bâtir un nouvel ordre juridique. D'où leur attachement à la loi dont l'objectif est de bâtir 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<sup>11</sup> va charger une commission le 14 août 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'améliorer 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 fait passer en "tapant sur la table" en 1804.

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

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

---

11. qui a pris le pouvoir le 9 novembre 1799

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 maître 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 : <sup>12</sup> "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 <sup>13</sup> : "Des sûretés"; Livre Vème <sup>14</sup> : "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, 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.

---

12. Créé en 1804, toujours en vigueur

13. Apparu en 2006

14. 2002-2006

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 19<sup>e</sup> siècle), à cet âge d'or a succédé un déclin au 20<sup>e</sup> 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 20<sup>ème</sup> 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 20<sup>ème</sup> 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" <sup>1</sup> (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 CEDH <sup>2</sup> 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 la 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 CEE<sup>3</sup>, 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 que 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 inconstitutionnelle (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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 contrôlé (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,<sup>6</sup> 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 Nicolo<sup>7</sup> va exactement dans le même sens que la Cour de Cassation. Les juges administratifs vont donc pouvoir aussi exercer un contrôle de conventionnalité.

4. Question Prioritaire de Constitutionnalité

5. Recours pour Excès de Pouvoir

6. D.1975, p497

7. JCP 1989, 2ème part, 21371



## **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 REP<sup>8</sup>, on peut exercer un recours en annulation devant le conseil 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.<sup>9</sup>

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...".

---

8. Recours pour Excès de Pouvoir

9. JCP 1974, 2ème partie, n°17703

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

### **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'empiétement. 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 empiétement**

"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 répressive<sup>10</sup>."

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 civil (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 civile 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 créerai 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 fiscale ou imposer une nouvelle taxe. Ici, le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcé le 18 Décembre 1998 (décision 98-404) : "considérant que le principe de non-rétroactivité des loi n'a valeur constitutionnel 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 censuré 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 dédie 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 applicable à la même date."; "Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquant aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieux à une condamnation passé en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévère 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 établi et promulguée antérieurement au délit".

On en déduit que contrairement au droit civil où la règle de non rétroactivité pouvait être dérogé, 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

---

10. Relevant du droit pénal

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, 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 considéré comme rétroactive, et rétroactive à la loi qu'elle interprète.

Une loi interprétative est, selon un arrêt de la Civ. 3eme 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 résolu 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 résolu 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'appliquée 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 rendu 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 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 établis 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 publique, ayant des buts économiques ou sociaux doivent être appliqués immédiatement même aux contrats en cours. "Les considérations d'ordre publique 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 publique 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 législatifs, 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.

## **Deuxième partie**

# **Les sources indirectes de droit objectif**



## Chapitre 5

# La jurisprudence

### 5.1 Définitions possibles de la jurisprudence

Le terme jurisprudence est susceptible d'avoir deux sens, un sens large et un précis. Dans un sens large, nous dit Cornu dans son vocabulaire juridique "La jurisprudence, c'est l'ensemble des décisions de justice".

Dans un sens plus précis, toujours en citant Cornu : "la tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridictions à juger dans tel sens (plutôt que dans tel autre)". Par exemple, dans un cas précis, il faudrait que l'avocat dise à son client "habituellement, tel tribunal juge dans tel sens". Dans un sens étroit, on va chercher des décisions qui illustrent un point de vue important de l'application d'un texte.

### 5.2 Jurisprudence et décisions de justice considérés isolément

#### 5.2.1 Une décision de justice est rendue par un magistrat disant le droit

On utilise l'expression "dire le droit" car le rôle de juger implique nécessairement pour le magistrat d'appliquer de façon concrète et particulière au cas qui lui est soumis les conditions légales qui elles, sont abstraites et générales.

Ainsi, si le juge est saisi d'une action en divorce pour faute par un conjoint. Le juge, après avoir examiné les faits, devra dire si les conditions légales applicables au divorce pour fautes sont remplies concrètement. Voir art 242 du code civil.

Le juge dit le droit, c'est à dire qu'il met en oeuvre le droit, il l'applique.

#### Les deux obligations du magistrat disant le droit : juger et juger en droit

Interdiction du déni de justice : si l'on dit que le juge a une obligation de juger dans les litiges qui lui sont soumis, c'est qu'il ne peut commettre un déni de justice. Au terme de l'article 4 du Code Civil, "Le juge qui refusera de juger (...) pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Le juge doit donc juger, c'est son obligation.

Le déni de justice est un délit pénal et passible du tribunal correctionnel. Ceci est affirmé dans l'article 434-7-1 du Code Pénal qui dispose "Le fait par un magistrat (...) de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de 5 à 20 ans."

Sur le plan pénal, c'est le juge qui doit refuser de juger, or sur le plan civil, la solution donnée

par le juge peut être apparentée à un déni de justice.

Décision de la C.Cas, Civ 2ème du 21 Janvier 1993 : "Le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties."

Pour refuser de rendre un jugement, le juge n'a pas le droit d'utiliser pour motif l'insuffisance ou le silence de la loi (il n'existe pas de texte légal), ou l'obscurité d'un texte (la loi n'est pas claire).

Or dans l'affaire citée ci-dessus, le juge devait faire justice en se basant sur les preuves de chacune des parties, celui-ci a statué qu'il ne pouvait pas rendre un jugement car les preuves fournies étaient insuffisantes. La C.Cas va donc statuer que implicitement, le juge a commis un déni de justice, le juge doit rendre un jugement avec les éléments, même si ils sont insuffisants.

La Civ.3ème a rendu une décision le 16 Avril 1970. Dans cette décision, la C.Cas a considéré qu'il y avait déni de justice d'un juge dans un procès en revendication de la propriété d'un immeuble entre deux parties. Un procès en revendication est un procès dans lequel un propriétaire dépossédé intente une action pour retrouver sa propriété.

Le juge, dans son jugement, avait reconnu que l'immeuble appartenait nécessairement à l'un ou à l'autre ; il avait considéré qu'il ne pouvait pas juger car aucune des deux parties n'avait prouvé sa supériorité de son droit.

En France, le juge est soumis au droit et non à l'équité.

L'alinéa premier de l'article 12 du code de procédure civile dispose "Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droits qui lui sont applicables." Le juge doit donc se soumettre au droit.

Juge, justice et équité semble corrélé, cependant, dans la tradition du Code Civil, nous avons écarté l'équité.

L'équité est défini pour les juriste par Cornu comme "manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droits selon des critères tel que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale...". Ce qui est gênant dans l'équité, c'est que ce n'est pas objectivement universel, on sera donc subjectif et le juge devra être subjectif. Or la règle de droit est une règle impersonnelle et générale et donc par définition objective.

Sous l'ancien droit (avant la révolution), l'équité jouait un rôle important au point qu'un proverbe de 1626 disait "Dieu nous garde de l'équité des parlements!". Les parlements, dans l'ancienne France, étaient des cours supérieures de justice régionales. Dans celles-ci, les plaideurs avaient l'impression que les cours rendaient une justice de classe. L'équité invoqué pouvait conduire à l'inégalité et était donc profondément injuste : le juge faisait ce qu'il voulait.

La jurisprudence va dans le sens du respect du principe visant à écarter l'équité. La C.Cas dans sa Chambre Civile, le 6 Mars 1876<sup>1</sup> relatif à l'article 1134 du Code Civil<sup>2</sup>, sur la seconde affaire du canal de Craponne indique que "dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties".

Cette jurisprudence a été renouvelée dans une décision du 23 janvier 1948<sup>3</sup> "En se bornant à trancher le différend en équité alors que le législateur n'a pas abandonné aux juges le soin de rechercher le prix équitable en dehors des règles qu'il a lui même fixé, il y a eu violation de la Loi."

La première exception est ce qu'on appelle l'amicable composition. L'amicable composition relève de l'article 1474 du Code de procédure civile. Cet article dispose "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit à moins que dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conférées mission de statuer comme amiable compositeur."

L'amicable compositeur est, pour Cornu "un arbitre, auquel la convention d'arbitrage donne pour mission de trancher le litige en équité sans être tenu de suivre [...] les règles du droit". Dans certains cas, en matière de droit privé, les parties, au lieu d'aller en justice et de de-

---

1. DP 1856, P 1193

2. Point 18 du Code Civil Dalloz

3. JCP 1949, deuxième partie, n°4229

mander au juge de trancher leur litige, les parties demandent de faire appel à un tiers qui n'est pas un magistrat mais un arbitre. Les parties vont demander à cet arbitre de trancher leur différend.

Il faut que les deux parties soient d'accord pour faire appel à un arbitre. Les parties vont signer alors une convention d'arbitrage. Dans cette convention d'arbitrage, les parties vont exprimer leur accord pour respecter la décision prise par l'arbitre. Les parties peuvent décider que l'arbitre n'aura pas à suivre les règles de droit ou qu'il pourra juger en équité. L'arbitre est donc un aimable compositeur si il peut trancher le différend en se basant sur l'équité.

Un arbitrage est beaucoup plus rapide à prendre qu'un jugement classique, voilà pourquoi l'arbitrage est très utilisé dans les affaires internationales comme dans le domaine financier/commercial.

### **La nécessité pour le magistrat disant le droit d'interpréter les règles de droits**

Quand le juge interprète les règles de droit, il a, à son service des méthodes d'interprétation mais aussi des maximes d'interprétation.

On retiendra trois méthodes d'interprétation.

La méthode exégétique ou méthode littérale, consiste à dire que tout est dans la loi, tout est dans la lettre de la loi, rien que dans la loi. Ce qui revient à dire qu'il doit résoudre le problème qui lui est posé avec le texte de loi qu'il a. La bonne intention de cette méthode est que l'on veut que la loi soit mise sur un piédestal, le "culte" de la loi car c'est censé être la volonté du peuple et le juge doit respecter la volonté du peuple. Le mauvais côté est que, parfois, la loi ne s'applique pas facilement dans un cas précis.

La méthode historique ou évolutive, le point de départ de cette méthode est le même que précédemment : la lettre du texte. Mais cette lettre du texte, il ne va pas la suivre aveuglément, il va l'adapter aux réalités du moment. Aspect positif : le juge adapte le texte aux réalités ; aspect négatif : on donne le pouvoir aux juges de compléter voire de poser de nouvelles règles de lois et donc de devenir un législateur bis.

La méthode téléologique : *teleos* en Grec veut dire but. Dans cette méthode, on met en avant le but, l'objectif du législateur au travers de la loi qu'il a voté : à quel résultat le législateur voulait-il parvenir ? L'on arrive à déterminer les objectifs du législateur en travaillant sur les travaux parlementaires : il faut relire tout ce qui a été écrit ou dit à l'AN ou au Sénat. C'est ce que l'on appelle rechercher l'esprit de la loi (au delà de la loi, il y a l'esprit).

Les magistrats vont d'abord s'attacher à la loi donc utiliser la première méthode, puis la deuxième quand la seule lecture de la loi ne suffit pas, puis enfin, la dernière méthode.

Attention, ces méthodes ne sont applicables qu'au droit privé et n'est pas applicable directement en droit pénal.

Il existe un grand nombre de maximes d'interprétations. On en retiendra deux à titre d'exemple

"Les exceptions sont d'interprétation stricte". On veut dire que lorsqu'on est face à un texte, soit le texte pose un principe, soit une exception. Dès l'instant où il y a exception, cette maxime nous dit que l'exception doit toujours être interprétée restrictivement.

"Il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas". Dès l'instant où dans un principe, on ne pose pas de distinctions ou d'exceptions, le juge n'a pas lui-même à restreindre le domaine du principe.

### **5.2.2 Une décision de justice est rendue par un magistrat ne faisant pas le droit**

En droit Français, il est habituel de dire que les juges ne peuvent pas prononcer des arrêts de règlements. Le juge, quand il juge, ne doit pas se comporter comme une autorité qui édicterait des règles de droit ; le juge ne peut se comporter comme le législateur ou le gouvernement. Voir article 5 du C.Civ. Les juges doivent se cantonner aux éléments qu'ils ont

dans leur dossier à traiter.

## **5.3 Jurisprudence et décisions de justice considérés dans un ensemble**

### **5.3.1 La jurisprudence est une source indirecte du droit objectif**

Ici, l'on va parler essentiellement de la tendance d'une juridiction dans tel sens plutôt qu'un autre, on va se cantonner à la Cour de Cassation. On dit qu'un arrêt fait ou fera jurisprudence quand la doctrine qualifie cet arrêt d'arrêt de principes. Cela veut dire qu'il y a, quand on mesure la portée des arrêts de la Cour de Cassation, un arrêt de principe et un arrêt d'espèce. L'arrêt d'espèce est important pour les parties mais peu important pour le droit en lui-même.

Généralement (ce n'est pas systématique), un arrêt de principes est donné en assemblée plénière ou en chambre mixte. Un arrêt de principe est souvent un arrêt de cassation.

Un arrêt qui fait jurisprudence est un arrêt dont la solution a été reconduite, non seulement par la C.Cas elle-même mais aussi par les juridictions du fond.

### **5.3.2 La jurisprudence est une source incertaine du droit objectif**

Contrairement à d'autres systèmes de par le monde, notamment le système anglo-saxon où il existe la règle du précédent, le système Français ne comporte pas cette règle. Alors même qu'une jurisprudence serait établie, rien n'empêche en théorie à ce qu'un TGI refuse d'appliquer la décision de la C.Cas. La C.Cas peut en effet changer d'avis et y avoir des revirements de jurisprudences.

# Chapitre 6

## La doctrine

### 6.1 La définition de la doctrine

La doctrine peut se définir de façon différente : un sens large et un sens étroit. Dans un sens large, la doctrine désigne, selon Beignier "la doctrine est l'ensemble des opinions émises par les juristes, magistrats, avocats, et surtout professeurs de droit que l'on appelle les auteurs". Dans un sens plus étroit, la doctrine aura trait aux opinions de ces auteurs sur une question précise. (Ex : Doctrine relative aux méthodes d'interprétation de la règle de droit). Ces auteurs rédigent des ouvrages, des manuels, des commentaires dans des revues. Les auteurs en doctrine aiment bien commenter les arrêts de la C.Cas.

### 6.2 Le rôle de la doctrine

La doctrine a un rôle double.

#### 6.2.1 Inspirer le juge

Les auteurs de la doctrine peuvent montrer aux juges que l'interprétation qui a été retenue est une interprétation qui peut être contestée. En critiquant ces décisions, cela peut influencer les juges sur les jugements à venir. Mais la doctrine aide la justice aussi en faisant des commentaires d'une loi nouvelle et aide donc à l'application de celle-ci.

#### 6.2.2 Influencer le législateur

Cette influence de la doctrine sur le législateur a aussi une double nature. D'abord, la doctrine peut proposer aux législateurs de prendre de nouvelles lois ou d'améliorer des lois existantes. Sur certaines questions, on voit apparaître très nettement l'influence de membres de la doctrine. La deuxième influence est dans le cadre des travaux préparatoires (soit de l'AN soit du Sénat), où la commission consulte des experts, parmi lesquels il y a des membres de la doctrine. Ces experts sont auditionnés et les parlementaires posent des questions très précises.

**Troisième partie**

**Les droits subjectifs**

## Chapitre 7

# La preuve des droits subjectifs

### 7.1 Les préalables à toutes les preuves

#### 7.1.1 La charge de la preuve

Dans un procès civil entre un demandeur et un défendeur, à qui incombe la charge de la preuve initiale (les auteurs parlent du fardeau de la preuve) ?

Si on se reporte au Code de procédure civil, il ne nous donne pas vraiment de réponses. En revanche, l'article 1315 §1er, du C.Civ nous donne des réponses : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver." C'est donc au demandeur d'apporter la preuve initiale de ce qu'il demande. C'est ensuite au défendeur d'apporter la preuve de sa non culpabilité, art. 1315 §2 "Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

#### 7.1.2 La recherche de la preuve

La recherche de la preuve et des éléments relatifs à cette preuve sont placés sous l'autorité du juge. Le juge civil a des pouvoirs d'instruction (ne pas confondre le juge civil qui a des pouvoirs d'instruction avec le juge d'instruction qui est un juge pénal).

L'article 10 du code de procédure civil nous dit "Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, son pouvoir d'instruction s'étend d'abord aux parties au procès. Mais ce pouvoir s'étend aussi aux tiers." S'agissant des pouvoirs d'instruction du juge, il faut se reporter à l'article 11, §1 "Les parties sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction sauf au juge attiré de toutes conséquences d'une abstention ou d'un refus". Si le défendeur ne donne pas son concours à l'instruction, le juge pourra en tirer des conséquences et condamner sur les seuls arguments du demandeur.

La recherche des preuves obéit à des règles légales strictes et en particulier quand est en jeu la vie privée. La recherche est autant à l'initiative du juge que des parties.

### 7.2 La preuve selon la nature du droit subjectif envisagé

On distingue les droits subjectifs qui découlent d'un fait juridique ainsi que d'un acte juridique.

## **7.2.1 La preuve d'un acte juridique**

### **L'acte juridique**

L'acte juridique, à la différence d'un fait juridique, est une manifestation de volonté créant des effets juridiques recherchés. Ainsi, un contrat de vente est la manifestation de deux volontés, la volonté d'un vendeur de vendre ainsi que la volonté d'un acheteur d'acheter. Le vendeur recherche le fait d'acquérir un prix et l'acheteur d'acquérir la propriété d'un bien.

Un acte juridique est le contrat (voir article 1101).

S'agissant des actes juridiques, le C.Civ a prévu des modalités de la preuve, ce sont des preuves nommées. Les preuves sont nommées par le code civil. Une preuve par écrit est une preuve nommée.

### **Le règne de la preuve par écrit**

Quand on parle de la preuve par écrit, on doit tout de suite mettre en avant deux preuves par écrit les plus importantes : les actes authentiques et les actes sous seing privé.

Acte authentique : on va s'intéresser essentiellement aux actes notariés. L'article 1317 définit l'acte authentique : "L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises." Il faut que l'acte (premier sens : instrumentaire, instrumentum) soit à l'écrit car il constate de l'opération envisagée. Cet acte doit répondre à trois conditions : acte qui ait reçu (dressé) par un officier public (notaire, huissier, officier de l'état civil etc.).

L'acte notarié doit être reçu par un notaire ayant la compétence territoriale pour réaliser cet acte, c'est se demander dans quelle limite géographique le notaire peut exercer, voir article 8 à 10 du décret modifié du 26 Novembre 1971. Pour certaines opérations, les notaires ont compétence générales en France Métropolitaine mais pour d'autres opérations, leur compétence territoriale est donnée par la limite de la Cour d'Appel dans laquelle ils sont.

La troisième condition est que l'acte doit être accompagné des solennités requises : ce sont des formalités spéciales, particulièrement importante. Dans le cas d'un acte notarié, la formalité est qu'il faut un notaire de présent en personne, il signera lui même l'acte authentique. Les parties à cette acte doivent signer aussi. L'acte doit être rédigé en Français sur du papier timbré. Les ratures doivent être approuvées et donc paraphées etc. Il faut que toutes ces formalités soient réalisées pour que l'on puisse dire qu'un acte a été valablement reçu en la forme notariée.

L'acte peut être un contenant (instrument, instrumentum) ou un contenu ("l'affaire", le negotium).

Nous allons mesurer l'importance attachée à un acte juridique notarié. Dans la mesure où le notaire vérifie l'identité, les capacités (juridiques) et les pouvoirs des intéressés et dans la mesure où le notaire signe aussi l'acte en qualité d'officier public, il va conférer de la sorte à cet acte notarié un caractère authentique en s'engageant (le notaire) sur le contenu et la date de cet acte. On dira alors que cet acte authentique fait pleine foi et qu'il a force exécutoire.

Pour la pleine foi, il faut se reporter à l'article 1319 du Code Civil. Il y a pleine foi entre les parties contractantes eux même mais aussi entre leurs héritiers. La pleine foi est la pleine valeur de l'acte juridique. Il faut distinguer deux séries d'éléments dans l'acte, une série que le notaire doit vérifier, qui engage donc sa responsabilité et font pleine foi. Il y a quelques éléments sur lesquels le notaire n'a pas à les vérifier et qui donc, ne feront pas pleine foi.

L'acte authentique fait pleine foi jusqu'au déclenchement éventuel d'une action judiciaire en inscription de faux. Une telle action, c'est contester la contenu de l'acte authentique. C'est une procédure complexe rarement mise en oeuvre (voir article 303 à 316 du code de procédure civile).

L'alinéa 2 de l'article 1319 évoque l'exception de la pleine foi lorsqu'il y a mise en accusation. Lorsque l'action initiale principale en inscription de faux intervient devant le TGI, en se reportant à la première partie de l'alinéa 2, "l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue".



Première conséquence : le juge va, après vérification, conclure que l'acte authentique est un vrai acte, la suspension se termine et l'acte reprend force exécutoire. Deuxième conséquence : le juge conclut que l'acte est un faux, l'acte authentique devient totalement nul et perd donc sa force exécutoire.

Lorsque l'action en inscription de faux intervient incidemment (en cours d'instance, dans un procès engagé) devant la Cour d'Appel, on regarde la deuxième partie du deuxième alinéa de l'article 1319, "les tribunaux pourront suspendre provisoirement l'exécution de l'acte". Les deux conséquences possibles du jugement seront les mêmes que ci dessus.

Dans certains cas, le fait d'avoir aidé, en toutes connaissances de choses, à établir un acte authentique faux, il peut y avoir des poursuites pénales allant jusqu'à 10 ans de prison et 150 000 euros d'amendes (Art 441-4 du code pénal).

Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations, l'acte notarié évite au créancier d'avoir à obtenir une décision de justice si il veut obtenir le paiement de sa dette. En revanche, lorsque l'acte est réalisé sous seing privé, il faut une décision de justice. Un acte authentique a donc force exécutoire automatiquement.

Un acte sous seing privé original n'a pas de définition dans le Code Civil contrairement à l'acte authentique. De façon commune, un acte sous seing privé peut se définir comme un écrit établi par les parties elles mêmes sous leurs seules signatures donc sans l'intervention d'un officier public.

Ce qui est paradoxal, c'est qu'il n'y a pas de définition des actes sous seing privé mais le Code Civil pose des effets et des conditions. Pour qu'un acte fasse pleine foi, il faut se reporter à l'article 1325 (règle du double, triple etc.). Une convention synallagmatique est une convention qui contient des obligations réciproques, bilatérales. Cela s'oppose à une convention unilatérale. Il faut autant d'originaux qu'il y a de parties ("d'intérêts distincts").

La Cour de Cassation a admis une exception, non prévu par la loi, dans un arrêt rendu par la troisième Chambre Civile le 15 Avril 1992<sup>1</sup> qui dit "La remise à un tiers d'un acte sous seing privé établi en un seul exemplaire constitue une exception au principe posé à l'alinéa premier de l'article 1325 du C.Civ". Le tiers est quelqu'un qui n'est pas partie à la convention. Concrètement, dans une convention, les parties ne décident de faire qu'un seul exemplaire qu'ils confient à un tiers, cette convention est valide et constitue donc une exception au principe posé par l'article 1325.

L'alinéa trois pose comme condition que le nombre d'originaux soit renseigné. Si il n'y a qu'un exemplaire, il faut le renseigner. Si il y a plusieurs exemplaires, il faudra indiquer le nombre d'exemplaires établis. L'alinéa 4 pose une exception : si la formalité visant à indiquer le nombre d'exemplaires n'a pas été effectuée, on ne peut pas utiliser ce défaut pour aller à l'encontre de la convention si on l'a déjà exécutée. On peut se demander si l'on parle d'exécution complète ou partielle : dans un arrêt rendu le 20 Octobre 1981 par la Civ 1ère<sup>2</sup> a considéré qu'une exécution même partielle de la convention permet d'écarter l'opposition dont pouvait se prévaloir celui qui a exécuté partiellement la convention.

Dans un engagement unilatéral, c'est une hypothèse particulière (article 1326).

#### 1. Pleine foi dans un acte de seing privé qui respecte les conditions

L'acte sous seing privé a entre ceux qui l'ont souscrit la même foi que l'acte authentique. Donc dès que cet acte est valablement établi, il a, comme l'acte authentique, pleine foi entre les parties. Comme pour l'acte authentique, on étend la règle de la pleine foi des contractants à leurs héritiers, l'acte a donc force probante.

La fragilité de l'acte sous seing privé est qu'il ne vaut pleine foi que si il est reconnu par celui auquel on l'oppose. Celui-ci peut donc désavouer sa signature/son écriture.

Si il avoue sa signature, cela veut dire qu'il reconnaît qu'il a bel et bien signé cet acte sous seing privé et le reconnaît comme valable et donc qu'il l'a bien accepté.

Si il désavoue sa signature, celui-ci ne doit certainement pas exécuter la convention et engagé une action en justice (art. 1324). C'est une action judiciaire en vérification d'écriture, cela peut aussi être une action en faux (art. 287 à 315 du code de procédure civile). Soit le tribunal fait droit à sa demande, c'est que le tribunal va considéré que l'acte sous seing privé

1. Bulletin civil III N° 131 ; Dalloz 1992 sommaire. p398

2. Bull. Civ. I, n° 300

que l'on a opposé à cette personne n'est pas l'acte qu'il a signé, voire même qu'il n'a jamais existé. En faisant droit à la demande, l'acte perd alors toute valeur, "c'est un faux".

Soit, le tribunal ne fait pas droit à la demande et va donc considéré que l'acte n'est pas un faux et donc la convention sera opposable mais une sanction est aussi prévue "Celui qui avait désavoué l'acte sous seing privé peut être condamné à une amende de 3000 euros" mais il y a aussi possibilité d'avoir des dommages et intérêts pour le créancier.

Dans les cas les plus graves, des poursuites pénales peuvent être engagés (tribunal correctionnel, c'est un délit).

## 2. Force exécutoire ?

Alors qu'un acte authentique est immédiatement exécutoire, un acte sous seing privé suppose d'engager une action en justice si le débiteur ne souhaite pas payer.

## **L'écrit produit et la copie d'un acte authentique ou la copie d'un acte sous seing privé original**

Le titre original existe encore.

Dans cette hypothèse, il suffit de se reporter à l'article 1334 du Code Civil : "Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée". La copie lorsque le titre original subsiste, existe encore, cette copie fera foi à valeur probante dès l'instant où l'on peut montrer, présenter l'original.

Le titre original n'existe plus.

Ici, on va se demander si il existe des règles de "secours". Il faut déjà noter qu'il n'existe pas de "règles de secours" concernant les actes sous seing privé dont les originaux auraient été perdus.

En revanche, pour les actes notariés authentique, il y a une voie de secours prévu à l'article 1335 du Code Civil : "Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original". "Grosse" et "les premières expéditions" sont des copies établis par le notaire lui même et certifié par le notaire comme étant conforme à l'original (original que l'on pourrait appeler "la minute"). Ces copies certifiées par le notaire comme conforme à l'original font donc foi.

## **Le domaine des actes authentiques et des actes sous seing privé**

L'article 1341 est la matière de ce que nous allons voir maintenant.

Les deux principes de l'article 1341.

Cet article appartient à une section qui s'appelle "De la preuve testimoniale" et le paradoxe est que le terme testimonial est un faux ami car on parle de preuve par écrit. La preuve évoquée dans l'article 1341 est par écrit : soit un acte authentique notarié, soit sous seing privé. Il faut regarder le décret modifié du 15 Juillet 1980 (1500 euros).

In limine de cet article, soit les intérêts en jeu sont supérieur à 1500 euros soit les intérêts sont inférieur ou égal à 1500 euros. Dès l'instant où les intérêts sont supérieur, la règle s'applique : il doit être réalisé un acte (authentique ou sous seing privé).

Si les intérêts en jeu sont inférieur ou égaux à 1500 euros : on applique la règle à contrario, il n'est pas obligatoire de réalisé un acte authentique ou sous seing privé. Si cela a tout de même été fait, les parties ne peuvent pas faire "marche arrière" à ce qui a été établi par un acte. Les parties sont donc tenus de faire ce qui a été établi et ne peuvent pas contester cet acte en considérant qu'elles n'étaient pas obligés de faire un acte.

L'article 1341 ne concerne que la matière civile et non la matière commerciale (deuxième alinéa).

Un texte impératif est un texte que les parties ne peuvent écarter. Un texte supplétif de volonté est un texte qui s'applique dès l'instant où les parties ne l'ont pas écarté. L'article 1341 a toujours été considéré comme non impératif, il est supplétif de volonté. Il s'applique quand les intéressés n'ont pas décidés de l'écarter. Une décision rendue par la Civ. 3ème le 16 Novembre 1977 qui dit : "Les dispositions de l'article 1341 quoi que n'étant pas d'ordre

publique, s'impose aux juges dès que les parties n'ont pas expressément ou tacitement écarté cet article." Elle s'impose aux juges car elle est supplétive de volonté. Lorsque des parties dans un acte, veulent écarter l'article 1341, les parties peuvent déclarer ne pas appliquer cet article.

Il y a quatre exceptions à envisagé à l'article 1341.

Le premier groupe d'exceptions est donné par l'article 1347, le deuxième groupe à l'article 1348.

L'article 1347 dispose : "On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué." Il y a ici trois conditions cumulatives pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit : il faut qu'il y ait tout autre écrit qu'un acte parfait, cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée (le défendeur), il faut que le défendeur rende vraisemblable le fait allégué. Les juges du fond apprécient souverainement si un écrit rend vraisemblable le fait allégué. Leur appréciation échappe donc à la Cour de Cassation, c'est ce que dit une décision rendu par la Civ. 1ère la 1er décembre 1965<sup>3</sup>. Les juges ont souveraineté d'appréciation quand la C.Cas ne peut pas contrôler la chose. Une simple lettre peut constituer un commencement de preuve par écrit mais elle doit respecter les précédentes conditions (doit émaner du défendeur et rendre vraisemblable le fait allégué).

Une photocopie peut constituer un commencement de preuve par écrit, cela découle d'une décision rendu par la Civ 1ère, le 14 Février 1995<sup>4</sup>. De même, un fax, une télécopie, peut constituer un commencement de preuve par écrit : chambre commerciale le 2 Décembre 1997<sup>5</sup>.

L'article 1348 du C.Civ donne trois exceptions qui sont l'impossibilité matérielle et morale ; la force ; la copie fidèle et durable.

Il y a exception quand une des parties n'a pas eu la possibilité d'établir un acte authentique ou un acte sous seing privé (impossibilité physique/matérielle ou morale). Pour l'impossibilité matérielle, nous avons un exemple rendu par la Civ 1ère, le 13 Mai 1964<sup>6</sup> : "Une partie incapable d'écrire est dans l'impossibilité matérielle de produire une preuve littérale." Une partie analphabète est dans l'impossibilité de produire une preuve résultant d'un acte écrit authentique ou sous seing privé.

L'idée générale qui préside lorsque l'on parle d'impossibilité morale est le fait que moralement, en raison des relations qui existaient entre les parties, l'une, voire les deux ont un blocage d'ordre psychologique visant à ce qu'ils ne se sentent pas en mesure vers la demande d'établir cet acte authentique ou sous seing privé : rapports de familles, en mariage etc. Mais aussi les rapports cordiaux : "Attendu qu'ayant constaté que les travaux litigieux avaient été sollicités par Mr. Y dans un contexte d'un lien de voisinage et d'une entente cordiale né d'une passion commune pour les voitures anciennes, la CA en a déduit que le garagiste s'était trouvé dans l'impossibilité morale de se procuré une preuve écrite dans la commande de ses travaux..." La CA a pu valablement rendre cette décision et ce dans le cadre de son appréciation souveraine. Une autre décision du 24 Octobre 1972, par la Civ.3ème : "Les juges du fond apprécient souverainement le point de savoir si une partie s'est trouvé dans l'impossibilité morale d'exiger un écrit".

Un événement de force majeure, c'est un événement qui est irrésistible, imprévisible et insurmontable. Il s'agit donc de situations extra-ordinaire. L'on pourra considérer donc que l'on a perdu l'acte authentique ou l'acte sous seing privé et donc déroger à l'article 1341 car le cas de force majeure m'a fais perdre l'original/les copies.

La dernière exception ne concerne que les actes sous seing privés. Dans le cas où l'original n'existe plus, la loi dit que l'on peut présenter une copie qui reproduit l'original fidèle et aussi durable. Une photocopie peut elle être fidèle et durable au sens de l'alinéa 2 de l'article

---

3. Bull. Civ. I N°670

4. Dalloz 1995, P340

5. Dalloz 1998, P192

6. Bull. Civ. I, N°251

1348? Civ.1ère le 30 Mai 2000 : "Mais attendu que la CA appréciant souverainement la valeur et la portée de la photocopie qui lui a été soumise à jugé que celle-ci ne révélait aucune trace de falsification par montage de plusieurs documents, et permettait de constater que les caractéristiques d'ordre général de l'écriture du document photocopie présentait de grandes similitudes avec celle de documents antérieurs constituait une copie sincère et fidèle du document du 21 Mai 1992 au sens de l'article 1348, alinéa 2 du C.Civ."

Lorsqu'on est sur le terrain de l'exception au sens de l'article 1348, ce sont les juges du fond qui apprécient souverainement si la copie est fidèle et durable. En général, ils font appel à des experts qui confirment la non présence de traces de montages mais regarde aussi l'écriture.

### **7.2.2 Le règne partagé de la preuve par écrit**

On parlera ici d'autres preuves que écrites.

#### **Au titre des exceptions de l'article 1341 du Code Civil**

Le commencement de preuve par écrit ne suffit pas pour établir la preuve de ce que le demandeur invoque. La jurisprudence a ajouté deux conditions : il faut que le demandeur apporte une preuve complémentaire ; il faut apporter une autre preuve, complémentaire, qui doit être extérieure (extrinsèque) à l'acte lui même.

Cette preuve complémentaire peut être faite par témoignage ou présomption (indices). Cette jurisprudence constante dit "Il appartient au demandeur qui a rapporté un commencement de preuve par écrit de le parfaire par d'autres éléments tels que témoignages ou indices ; et les juges du fond apprécient souverainement si ce complément de preuve a été fourni."<sup>7</sup>

"Pour compléter un commencement de preuve par écrit, les juges du fond doivent se fonder sur des éléments extérieurs à l'acte lui même tel que témoignages, indices, ou présomption."<sup>8</sup>

Indice : élément de preuve consistant en un fait, un événement, un objet, une trace etc. dont la constatation fait présumer l'existence du fait à démontrer.

La présomption est une preuve nommée (dite nommée quand elle est défini par le Code Civil, innommée quand elle ne l'est pas). Une présomption est une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu. Par exemple, dès qu'un enfant a été conçu ou est né pendant un mariage aura pour père présumé le mari (art. 312).

Le fait connu est la situation générale, habituelle.

On distingue les présomptions simples ou réfutable des présomptions irréfutables ou absolus.

La présomption simple ou réfutable peut être combattue par la preuve contraire.

La présomption ou irréfutable elle, ne peut être combattue par aucune preuve contraire.

Concernant les présomptions prévues par la loi, on parle de présomption légale. Elles sont prévues par les articles 1350 et suivants du C.Civ.

Pour les présomptions établies par les juges, on a une définition à l'article 1353 du C.Civ. Ces présomptions vont permettre aux juges de délier les affaires qui n'auraient pas de solution sinon.

#### **L'aveu**

L'aveu est "la reconnaissance, par une personne, d'un fait qui est de nature à produire contre elle des conséquences défavorables".

Cependant, il faut faire une distinction entre l'aveu judiciaire et l'aveu extra-judiciaire.<sup>9</sup>

7. Civ. 1ère 12 Juillet 1972, Bull Civ I n° 185

8. Civ. 1ère 16 Janvier 1985, Bull. Civ. I n° 24

9. Art. 1354

L'aveu judiciaire est fait par une partie dans le cadre d'un procès, au cours de celui-ci. Cet aveu est donc fait devant une cour/un tribunal et le juge. Cet aveu est indivisible et irrévocable et fait donc pleine foi à l'encontre de son auteur et de ses héritiers.<sup>10</sup>

L'aveu extra-judiciaire, qui n'est donc pas fait dans les conditions ci-dessus n'a pas de portée plus grande qu'un simple témoignage. En effet, cet aveu est révocable et donc fragile, spécialement quand il est fait à l'oral.<sup>11</sup>

### **L'adaptation aux nouvelles technologies**

Avant le 13 Mars 2000, tout document devait être sur papier (manuscrit ou dactylo) avec une signature manuscrite.

Depuis, les documents électroniques peuvent être reconnus, l'article 1316 dispose "La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères[...]quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.". Cependant, les personnes doivent être identifiées, et l'intégrité du document doit être établie.

Les documents peuvent être signés numériquement tel que le dispose l'article 1316-4 : "Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat."

---

10. Art. 1356

11. Art. 1355