

Leçon 2 : Le droit objectif

Table des matières

Objectifs	3
Introduction	4
I - La définition du droit objectif	5
A. Le caractère obligatoire de la règle de droit.....	6
B. La règle de droit juridiquement sanctionnée.....	6
II - Les normes constitutives du droit objectif	8
A. Les sources directes.....	8
1. La loi.....	8
2. La coutume.....	12
3. Les principes généraux du droit.....	13
B. La jurisprudence comme source indirecte.....	14
III - La résolution des conflits de normes	17
A. Le conflit entre deux normes de nature différente.....	17
B. Le conflit entre deux normes de même nature.....	18
1. Le principe de non-rétroactivité pour les conditions et les effets passés d'une situation juridique en cours.....	19
2. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle pour les effets futurs d'une situation juridique en cours.....	19

Objectifs

Objectifs : D'abord, comprendre la notion même de droit objectif ; ensuite, maîtriser les différentes normes qui en sont issues et particulièrement la loi à travers notamment l'application de la loi dans le temps ; enfin, intégrer la résolution des conflits de normes.

Description : Si le droit objectif est l'ensemble des normes qui s'appliquent aux membres d'une société donnée, ces normes sont diverses et n'ont pas la même valeur. La plus présente d'entre elle est naturellement la loi ce qui suppose de maîtriser ce que l'on appelle l'application de la loi dans le temps. Enfin, il arrive que les normes du droit objectif s'entrechoquent entre elles, se contredisent de telle façon qu'il convient de résoudre ce conflit de normes.

Bibliographie :

J.-L. HALPERIN, Introduction au droit, 3ème éd. Dalloz, 2021.

N. MOLFESSIS, Introduction générale au droit, 14ème éd. Dalloz, 2022.

J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 18ème éd. Dalloz, 2020.

M. DOUCHY-OUDOT, Droit civil 1ère année. Introduction Personnes Famille, 11ème éd. Dalloz, 2021.

Durée de la leçon : 3 heures

Introduction

L'étude du droit privé exige de traiter de la distinction entre le droit objectif et le(s) droit(s) subjectif(s). Or, si les droits subjectifs existent, ce n'est que parce que le droit objectif le permet. Par conséquent, l'appréhension de la notion même de droit objectif est fondamentale (**La définition du droit objectif**). Une fois cet effort de définition effectué, il conviendra alors d'affiner la notion en s'intéressant à toutes les composantes du droit objectif. Autrement dit, il convient de traiter des normes du droit objectif (**Les normes constitutives du droit objectif**). Or, ces normes parfois se contredisent, s'entrechoquent de sorte qu'il est nécessaire de maîtriser la résolution des conflits de normes (**La résolution des conflits de normes**).

La définition du droit objectif



Définition

« Le terme “droit objectif” désigne (...) l’ensemble des règles de comportement humain (...). Les règles constituant le droit objectif déterminent ce que leurs destinataires peuvent faire et/ou ne pas faire »[1]. Ou encore, le droit objectif peut être compris comme des « règles de conduite (...) [qui] sont des instruments de direction ou guidage des conduites humaines : elles donnent aux intéressés auxquels elles sont adressées la mesure de leur possibilité d’action selon les circonstances, aux fins qu’ils ajustent en conséquence leur comportement »[2]. Ainsi conçu, le droit objectif imposerait donc, dans une société donnée, des comportements aux individus afin d’assurer la paix sociale entre eux. On comprend mieux alors que les règles, qui composent le droit objectif, se doivent d’être obligatoires. Ce caractère tient à la normativité de la règle puisqu’elle est un commandement, qu’elle prescrive ou interdise l’accomplissement d’un acte. La nature obligatoire de la règle justifie alors la possibilité de recourir à la contrainte étatique pour la faire respecter de sorte que le droit objectif est souvent entendu comme une obligation assortie d’une éventuelle sanction. Ainsi, ce qui caractérise la règle de droit est notamment sa normativité, sa faculté d’être obligatoire (**Le caractère obligatoire de la règle de droit**) et sanctionnée (**La règle de droit nécessairement juridiquement sanctionnée**).

[1] G. KALINOWSKI, Trois notions de droit, *Définir le droit*, Revue française de théorie juridique, éd. PUF, 1989, n° 10, p. 44.

[2] P. AMSELEK, La direction des conduites, *Définir le droit*, Revue française de théorie juridique, éd. PUF, 1989, n° 10, p. 9.

A. Le caractère obligatoire de la règle de droit

Explication. La règle de droit, que l’on désigne aussi sous l’appellation de norme en raison principalement de sa normativité, dispose de caractéristiques principales : son caractère obligatoire et le fait qu’elle soit juridiquement sanctionnée. C’est le propre de la règle de droit que d’être obligatoire en ce sens qu’elle peut interdire un comportement – ne pas soustraire la chose d’autrui (le vol) par exemple – ou encore prescrire un comportement – l’obligation pour le notaire de conseiller les parties à la conclusion d’un contrat de vente portant sur un bien immobilier par exemple. Cela étant, le caractère obligatoire n’est pas toujours perceptible immédiatement. Ainsi, par exemple, l’article 544 du Code civil dispose que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Cette disposition ne fait apparaître ni interdiction, ni prescription pour le propriétaire dans la mesure où il s’agit davantage d’une

liberté qui lui est offerte : la liberté de jouir et de disposer de sa propriété. Dès lors, le caractère obligatoire par une lecture *a contrario* aux personnes autres que le propriétaire en ce qu'ils doivent respecter le droit de propriété. Dès lors, tout comportement qui porterait atteinte au droit de propriété de son titulaire doit être sanctionné.

B. La règle de droit juridiquement sanctionnée

Explication. La règle même non juridique est sanctionnée ne serait-ce par exemple parce qu'une règle morale qui ne serait pas respectée pourrait conduire au remord de celui qui l'enfreint ou encore par son exclusion sociale. Aussi, la norme – ou règle de droit – ne se caractérise pas par le fait qu'elle soit sanctionnée mais davantage par le fait qu'elle soit juridiquement sanctionnée. Dès lors, c'est plus une question de l'autorité légitime qui sanctionne plutôt que le caractère coercitif de la norme. La plupart du temps, la norme fait l'objet d'une application spontanée en ce sens que ses destinataires s'y conforme naturellement ; mais lorsqu'elle n'est pas respectée, il est alors possible de la sanctionner juridiquement afin d'assurer la paix sociale en recours à des institutions étatiques reconnues comme légitimes. Dit autrement, dès lors qu'une norme n'est pas respectée, il doit être toujours possible d'en solliciter son respect en justice qui, elle seule, est en droit de contraindre celui qui se soustrait à la norme. Reste alors à s'intéresser aux normes qui constituent le droit objectif.

Les normes constitutives du droit objectif



Les sources directes	8
La jurisprudence comme source indirecte	14

Présentation générale. Le droit objectif doit se plier à la normativité des sources du droit objectif car ce n'est qu'à cette seule condition qu'il peut être conféré aux sujets de droit. L'examen des sources semble alors inévitable dans la mesure où elles justifient l'existence des droits subjectifs. Classiquement, on retient trois grandes sources que l'on qualifiera de directes dans la mesure où elles descendent vers l'individu pour s'imposer à lui ou lui offrir des prérogatives (**Les sources directes**) et une autre source qui est, au mieux discutée et, au pire niée : la jurisprudence. Celle-ci sera réservée en tant que source indirecte puisqu'elle a vocation à remonter vers le même individu (**La jurisprudence comme source indirecte**).

A. Les sources directes

La loi, la coutume et les principes généraux du droit. Les sources directes tant du droit objectif que du droit subjectif sont : la loi, la coutume et les principes généraux du droit.

1. La loi

Précision préalable. La loi est ici entendue largement puisqu'elle ne se réduit pas aux seuls textes adoptés par le Parlement mais englobe une série de règles de droit tels que, par exemple, le règlement et le décret. On entend donc par loi « *toute règle juridique formulée par écrit, promulguée à un moment donné par un ou plusieurs individus investis de l'autorité sociale* »[1]. En réalité, le cadre devrait même être élargi au plan externe dans la mesure où les accords internationaux tout comme le droit de l'Union européenne tendent d'une part, à imposer aux sujets de droit un comportement déterminé et d'autre part, à leur reconnaître davantage de droits. Cela étant, quelle que soit l'origine de la loi, elle reste indéniablement une source de premier rang aussi bien en matière de droit objectif qu'en matière de droit subjectif. Il suffira, pour s'en convaincre de citer quelques exemples tant au niveau interne qu'externe. Toutefois, il

convient de préciser que d'autres présentations auraient pu être possibles en ce sens que les sources pourraient être classées en distinguant les sources internes – Bloc de constitutionnalité, les lois, les principes généraux du droit, la jurisprudence, les règlements (décrets et arrêtés) – des sources externes (droit communautaire et traités internationaux). Il est aussi possible aussi de classer les sources selon qu'elles sont supra-législatives – Bloc de constitutionnalité, droit communautaire et traités internationaux – ou non (les lois, les principes généraux du droit, la jurisprudence, les règlements (décrets et arrêtés)). Au-delà de ces précisions, il conviendra de dire quelques mots spécifiques quant à l'application de la loi dans temps (la loi au sens cette fois-ci de celle édictée par le Parlement).

[1] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, coll. Précis Dalloz, 8^{ème} éd. Dalloz, 2009, p. 200.



Exemple : Quelques exemples au niveau interne

La loi du 6 juillet 1989[1] relative au bail d'habitation n'oblige-t-elle pas le bailleur, en cas d'abandon du domicile par le locataire, à maintenir le contrat de bail au profit du conjoint, des descendants du locataire ou encore, par exemple, du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ? *A contrario*, la loi du 17 juillet 1970, codifiée spécialement à l'article 9 du Code civil, ne confère-t-elle pas un véritable droit subjectif au respect de sa vie privée ? En matière réglementaire, l'article R. 3163-1 du Code du travail n'indique-t-il pas les seules activités pouvant faire l'objet d'une dérogation à l'interdiction du travail de nuit des jeunes travailleurs[2] ? Inversement, l'article R. 611-14-1[3] du Code de la propriété intellectuelle ne consacre-t-il pas un véritable droit subjectif ayant pour objet une prime d'intéressement au profit des fonctionnaires ou agents publics de l'Etat et de ses établissements publics quand ces derniers sont les auteurs d'une invention ?

[1] V. la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. Son article 14 dispose qu' « *en cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue : - au profit du conjoint sans préjudice de l'article 1751 du code civil ; - au profit des descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile ; - au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ; - au profit des ascendants, du concubin notoire ou des personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile (...)* ».

[2] L'art. R. 3163-1 du Code du travail dispose que « *les secteurs dans lesquels les caractéristiques particulières de l'activité justifient en application des articles L. 3163-2¹ et L. 6222-26² qu'il puisse être accordé une dérogation à l'interdiction du travail de nuit des jeunes travailleurs sont : 1° L'hôtellerie ; 2° La restauration ; 3° La boulangerie ; 4° La pâtisserie ; 5° Les spectacles ; 6° Les courses hippiques, pour l'ensemble des activités liées à la monte et à la mène en course* ».

[3] L'art. R. 611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *pour les fonctionnaires ou agents publics de l'Etat et de ses établissements publics relevant des catégories définies dans l'annexe au présent article et qui sont les auteurs d'une invention mentionnée au 1 de l'article R. 611-12³, la rémunération supplémentaire prévue par l'article L. 611-7⁴ est constituée par une prime d'intéressement aux produits tirés de l'invention par la personne publique qui en est bénéficiaire et par une prime au brevet d'invention (...)* ».

- 1 - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006902790&dateTexte=&categorieLien=cid>
- 2 - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006904022&dateTexte=&categorieLien=cid>
- 3 - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000006280368&dateTexte=&categorieLien=cid>
- 4 - <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000006279400&dateTexte=&categorieLien=cid>



Exemple : Quelques exemples au niveau externe

En droit international, la Convention de Vienne du 11 avril 1980[1] ne contraint-elle pas le vendeur à livrer une marchandise conforme aux stipulations contractuelles ? Dans un sens contraire, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ne proclame-t-elle dans son article 12 que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* » ? Enfin, en matière de droit communautaire, la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 ne refuse-t-elle pas au consommateur la possibilité de demander la résolution du contrat quand le défaut de conformité est mineur[2] ? Dans le sens du droit subjectif, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ne prévoit-elle pas que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant (...)* »[3] ? Ainsi, tant les normes nationales, internationales que communautaires tendent à la fois à l'énonciation de prescriptions s'imposant aux sujets de droit et à la proclamation de droits subjectifs à leur profit. La loi est donc la principale source des unes comme des autres, sans pour autant être exclusive.

[1] L'art. 35 de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises dispose que « *le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat (...)* ».

[2] V. l'art. 3 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 portant sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

[3] V. l'art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000.

2. La coutume

Notion. La coutume peut se définir comme la « *norme de Droit objectif fondée sur une tradition populaire (...) qui prête à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant (...)* »[1]. La coutume doit répondre à certaines exigences pour être reconnue juridiquement contraignante. Ainsi, deux éléments matériels et un élément psychologique sont requis. Quant aux éléments matériels, il faut d'une part, que la coutume soit largement répandue dans un milieu social, dans une profession ou encore dans une localité ; il s'agit donc d'un impératif spatial. D'autre part, il est nécessaire que cette coutume soit constante, régulièrement suivie ; c'est donc une contrainte temporelle. À ces éléments matériels s'ajoute un élément psychologique consistant à la considérer comme ayant une force obligatoire pour la population qui la suit.

[1] G. CORNU (*dir.*), *op. cit.*, v° coutume (sens 1).

Fonctions de la coutume. On attribue trois rôles à la coutume. En effet, la coutume peut-être *secundum legem*[1], *praeter legem*[2] et même *contra legem*[3]. La première s'applique en vertu de la loi. Ainsi, par exemple, la hauteur de la clôture entre deux fonds « (...) sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus (...) »[4]. Il s'agit là encore d'une prescription du droit objectif. La coutume peut aussi conférer des droits puisque, par exemple, l'article L. 1234-1 du Code du travail rappelle qu'à la suite d'un licenciement non motivé par une faute grave, le salarié bénéficie des dispositions de cet article que dans la mesure où, notamment, un usage ne prévoirait pas un préavis. La deuxième coutume est dite *praeter legem* quand celle-ci a une force obligatoire en dehors d'un renvoi de la loi. Celle-ci est, en réalité, peu usitée en droit civil car, le plus souvent, quand une question soulève des conflits importants, elle est réglée par la loi ou la jurisprudence avant même qu'une coutume ne se soit formée. Néanmoins, on peut citer la coutume selon laquelle en droit commercial la solidarité entre codébiteurs contractuels est présumée[5] contrairement aux dispositions du Code civil.

Dans un sens inverse, la jurisprudence[6] a admis une coutume qui prévoyait la possibilité d'adjoindre au nom patronymique un nom de terre (nom nobiliaire). Enfin, la troisième coutume est nommée *contra legem* car elle va à l'encontre de la loi. Sans s'appesantir sur les difficultés qui président à la reconnaissance d'une telle coutume[7], on peut illustrer le propos par le biais de l'article 931 du Code civil[8] imposant, en matière de donation, l'acte notarié alors même que la coutume admet la validité du don manuel. *A contrario*, la loi Grammont du 2 juillet 1850[9] ne devait-elle pas permettre d'entraver le développement de la tauromachie dans le Sud-ouest et le Midi ? Pourtant, les juges du fond de ces régions ont longtemps résisté en invoquant une coutume *contra legem* autorisant la pratique des corridas[10]. Reste alors à examiner la troisième source directe du droit : les principes généraux de droit.

[1] C'est une coutume qui s'applique en vertu d'une prescription du législateur.

[2] C'est une coutume qui s'applique malgré le silence de la loi.

[3] C'est une coutume qui s'oppose à une prescription du législateur.

[4] V. l'art. 663 du Code civil.

[5] V. Cass. Civ., 18 juillet 1929 ou encore Cass. Civ., 7 janv. 1946, *D.* 1946, jur., p. 132. V. aussi pour une nuance sur cette question : B. DONDERO, La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer, *D.* 2009, chr., p. 1097 et s.

[6] V. Cass. 1^{ère} Civ., 23 juin 1982, *D.* 1982, ir., p. 427.

[7] Doit-on admettre qu'une coutume puisse être contraire à une loi impérative et mieux encore à une loi impérative présentant un caractère d'ordre public ?

[8] L'art. 931 du Code civil dispose que « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

[9] La loi Grammont du 2 juillet 1850 est relative aux mauvais traitements exercés envers les animaux domestiques.

[10] Décisions non publiées mais reproduites par le conseiller C. Accarias dans son rapport sur les arrêts de la Cour de cassation du 16 février 1895, *Rev. crit.* 1895, p. 115. V. également à propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi l'article de P. TIFINE : la « tradition locale ininterrompue » dans les textes et la jurisprudence consacrés aux corridas, *RFDA* mai-juin 2002, p. 496 et s.

3. Les principes généraux du droit

Notion et exemples. La doctrine distingue généralement deux types de principes généraux de droit. D'une part, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées qui sont mentionnés à l'article 38-1c du statut de la Cour internationale de justice annexé à la Charte des Nations-Unies. Ces derniers sont dégagés à partir des droits internes. D'autre part, les principes du droit international dont la nature et l'importance peuvent varier dans la mesure où ils sont, la plupart du temps, établis par le droit coutumier ou par les traités. Ainsi, en est-il, par exemple, de la locution latine *pacta sunt servanda*[1] ou encore du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. On les retrouve donc majoritairement en droit international et en droit public mais ils ne sont pas pour autant étrangers au droit privé. C'est notamment le cas du principe de l'indisponibilité du corps humain révélé à l'occasion de l'arrêt rendu par l'Assemblée Plénière du 31 mai 1991[2] relatif aux mères porteuses ou, plus ancien, le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui consacré par l'arrêt *Patureau-Miran contre Boudier* du 15 juin 1892[3]. Ces principes sont généralement mis à jour, soit par des textes dont la valeur est variable, soit par la jurisprudence.

[1] *Pacta sunt servanda* signifiant que les conventions doivent être respectées.

[2] V. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1992, som. com. par F. Dekeuwer-Defossez, p. 417.

[3] V. Cass. Req., 15 juin 1892, *D.* 1892, p. 596.

Conclusion. Ces trois grandes sources directes seront désormais regroupées sous la notion de Loi puisque celle-ci « englobe parfois, ut universi, toutes les règles émises par les autorités qualifiées (...) et les règles assimilées (...) »[1]. À côté de ces trois sources qualifiées de directes, la jurisprudence apparaît comme source indirecte.

[1] G. CORNU (*dir.*), *op. cit.*, v° loi (sens 5).

B. La jurisprudence comme source indirecte

Notion. La jurisprudence revêt généralement deux sens[1] bien que d'autres acceptions soient possibles[2] : elle est le plus souvent comprise comme un ensemble de décisions de justice mais elle apparaît aussi comme « la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit »[3]. Elle est, en somme, considérée soit comme une autorité soit comme une source *du* ou *de* droit. L'utilisation de l'article contracté *du* ou de la préposition *de* renvoie à des réalités bien différentes[4]. Le recours au premier consisterait à rechercher si la jurisprudence peut participer à la création de normes juridiques générales[5] tandis que l'emploi de la seconde tendrait à s'interroger sur la possibilité de créer des normes juridiques individuelles. En réalité, cette distinction importe peu dans la mesure où il est bien certain et peu contestable que la décision que rend le juge dans son dispositif consiste à la création de normes juridiques individuelles. Ainsi, si la jurisprudence crée des normes juridiques générales ; elle produit corrélativement des normes juridiques individuelles. Par conséquent, la jurisprudence est, à notre sens, à la fois une source « *du* » droit et une source « *de* » droit. Son étude peut donc être regroupée sous l'angle de la jurisprudence en tant que source du droit. La jurisprudence est tantôt acceptée tantôt rejetée comme source du droit[6]. Les choses se compliquent davantage quand on s'interroge sur la possibilité de l'assimiler à une source tant du droit objectif que du droit subjectif. En effet, la doctrine est divisée quant à la réception de cette dernière au titre du droit objectif et, conséquemment, pour le droit subjectif. Néanmoins, si nous pensons que la jurisprudence est une source du droit objectif, elle l'est d'autant plus pour le droit subjectif comme en témoignent de nombreux exemples.

[1] V. pour une étude de cette distinction : V. FORRAY, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise de savoir des juristes, *RTD civ.* 2009, p. 463 et s. ou encore M.-A. FRISON-ROCHE et S. BORIES, La jurisprudence massive, *D.* 1993, chr., p. 287 et s.

[2] G. CORNU (*dir.*), *op. cit.*, v° jurisprudence.

[3] J. CARBONNIER, *Droit civil*, coll. Quadrige, éd. PUF, 2004, n° 142.

[4] L'imprécision de la terminologie est d'ailleurs soulignée par une partie de la doctrine. V. F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, coll. Méthodes du droit, éd. Dalloz, 1991, p. 131 et s. ou encore F. TERRÉ, *op. cit.*, n°s 347 à 349 et n° 360.

[5] La doctrine définit généralement cette notion dans ce sens. V. M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, éd. LGDJ, 1956, tome 1, n° 197, p. 91 : « l'expression source du droit désigne les différentes manières dont les règles juridiques sont établies. La règle juridique procède d'une autorité qui a le droit de la créer et d'en imposer l'observation. C'est cette autorité qui est la source du droit ».

[6] Sur le pouvoir créateur de la jurisprudence : v. *La création du droit par le juge*, *APD*, éd. Dalloz, 2007, tome 50. V. aussi les nombreuses discussions doctrinales autour de la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source du droit : v. AUBRY Ch. et RAU Ch. par PONSARD, *Droit civil français*, 7^{ème} éd. Litec, 1964, tome 1, § 5 bis, n° 36 : « la jurisprudence (...) est généralement considérée aujourd'hui comme une source du droit » ; M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 236, p. 107 : « La jurisprudence est-elle une source de droit ? Du point de vue formel, il est certain que la jurisprudence n'est pas une source du

droit » ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, éd. Dalloz, 2010, n° 172, p. 169 où l'auteur indique que « *la jurisprudence n'est pas une source du droit* » ou encore L. BACH, *La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source de droit ?* (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !), *Mél. J. Héron*, 2008, p. 60 : « *il est impossible de voir dans la jurisprudence, sous quelque aspect qu'on l'envisage, une "source du droit"* ». Quant à la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source de droit : v. J. MAURY, *Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit, Le droit privé français au milieu du XIX^e siècle*, *Mél. G. Ripert*, éd. LGDJ, 1950, tome 1, p. 28 et s. ou encore O. DUPEYROUX, *La jurisprudence source abusive de droit, Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé, Mél. J. Maury* 1960, tome 2, p. 349 et s.

Positionnement du problème. La jurisprudence en tant que source du droit objectif est très critiquée puisque certains auteurs n'y voient qu'une simple autorité de fait. Cette proposition est certainement acceptable si l'on conçoit, d'une part, que le juge n'est que la *bouche du droit* en ne faisant qu'appliquer les prescriptions du droit objectif à une situation factuelle qui lui est soumise et, d'autre part, si l'on estime que la jurisprudence suppose un litige porté en justice alors même que le droit objectif n'exige pas cette obligation préalable. En revanche, d'autres auteurs[1] retiennent, à juste titre par ailleurs, que la jurisprudence est une source indirecte du droit objectif. Parmi les définitions livrées par le *Vocabulaire juridique* dirigé par le doyen Gérard Cornu, l'une d'entre elles est très éclairante puisque la jurisprudence est notamment appréhendée comme l'« *ensemble de solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (...) ou même dans la création du Droit (...)* »[2]. On retrouve ici les deux acceptions possibles : autorité de fait et source du droit objectif.

[1] V. notamment l'article de P. HÉBRAUD, *Le juge et la jurisprudence, Mél. P. Couzinet*, 1974, p. 329 et s.

[2] G. CORNU (*dir.*), *op. cit.*, v° jurisprudence (sens 2).

Prise de position. La jurisprudence doit être considérée comme une source indirecte du droit objectif et il suffit, pour s'en convaincre, de viser l'article 4 du Code civil. En effet, ce dernier énonce que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Ainsi, si le juge n'est que la *bouche du droit* quand les règles existent ou quand elles sont claires de sorte qu'il ne participe alors qu'à l'application du droit objectif, il arrive aussi que, pour pallier aux absences ou aux insuffisances[1] du droit objectif, ce même droit objectif impose au juge de faire œuvre de création prétorienne[2] afin de s'abstenir de commettre un déni de justice. En d'autres termes, on peut donc recenser trois situations où le juge est amené à créer du droit : en premier lieu, quand le magistrat comble une lacune du droit positif ; en deuxième lieu, quand une juridiction opère un revirement de jurisprudence ; en troisième lieu, quand un conflit de normes est soumis au juge de sorte qu'il peut accorder la primauté de l'une sur l'autre. Les détracteurs de cette conception invoquent régulièrement l'article 5 du Code civil car ce dernier dispose qu'« *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». En réalité, cette prescription interdit seulement de statuer une fois pour toutes sur un type de cas. Il faut d'ailleurs indiquer que ce risque est à minimiser pour différentes raisons : d'une part, l'effet relatif de la chose jugée permet d'y remédier, et, d'autre part, il existe toujours de nombreuses voies de recours. On peut donc affirmer que la jurisprudence est bien une source du droit objectif puisque le juge est tenu de trancher les litiges qui lui sont soumis conformément aux instructions du droit objectif contenues à l'article 4 du Code civil. Elle n'est cependant qu'une source indirecte de ce même droit puisqu'un contentieux judiciaire est indispensable à sa mise à jour. De la sorte, et contrairement aux sources directes, la jurisprudence ne descend pas vers le sujet de droit mais remonte vers lui.

[1] J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire à l'avant-projet de Code civil*. Il indique dans ce dernier qu'« *un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats* ».

[2] Pour s'en convaincre il suffit d'évoquer, par exemple, les théories de l'abus de droit, de l'enrichissement injustifié qui constituent indubitablement une création prétorienne dont la reconnaissance est unanimement partagée (notamment désormais le dernier par la loi).

La résolution des conflits de normes

III

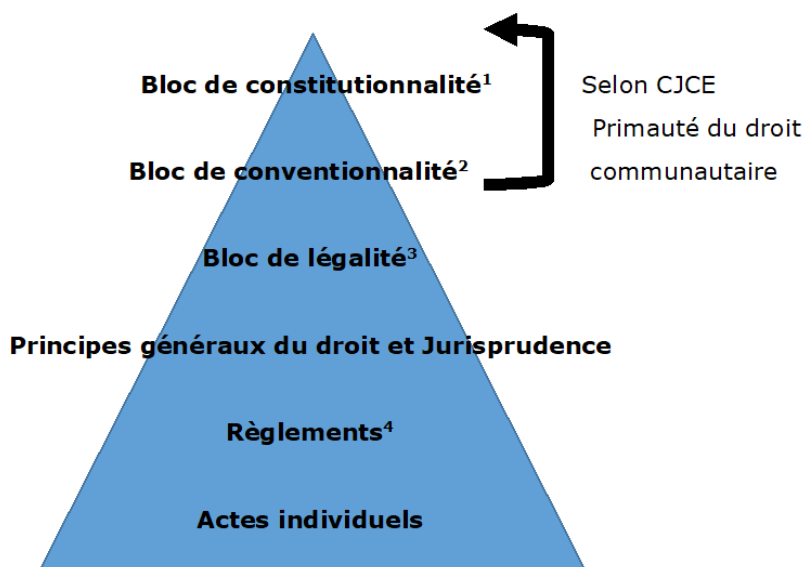
Le conflit entre deux normes de nature différente	17
Le conflit entre deux normes de même nature	18

Distinction. Deux formes de conflits de normes peuvent apparaître : d'une part, il peut y avoir un conflit entre deux normes de nature différente (**Le conflit entre deux normes de nature différente**) ; d'autre part, il peut être question d'un conflit entre deux normes de même nature (**Le conflit entre deux normes de même nature**).

A. Le conflit entre deux normes de nature différente

Hiérarchie. Lorsque deux normes de nature différente entrent en conflit, la résolution de ce dernier passe par ce que l'on appelle la hiérarchie des normes. En effet, les normes n'ont pas la même valeur de sorte qu'il est logique que la norme jugée inférieure soit conforme à la norme supérieure. La hiérarchie des normes a été théorisée par un juriste austro-américain, Hans Kelsen, à travers une représentation pyramidale permettant de mettre en lumière que les normes au sommet sont moins nombreuses contrairement aux normes à la base de la pyramide en raison qu'elles viennent édicter ou compléter des règles plus précises. Enfin, cette représentation permet de schématiser l'idée selon laquelle la norme inférieure doit respecter la norme immédiatement supérieure et ainsi de suite...

Pyramide de Kelsen. Vous trouverez ci-dessous la fameuse pyramide de Kelsen.



B. Le conflit entre deux normes de même nature

Présentation de la problématique. Lorsque deux normes de même nature entrent en conflit, il convient résoudre ce conflit de normes qui peut porter atteinte à la sécurité juridique. En réalité, il faut distinguer les situations car seulement l'un d'entre elles pose une difficulté. En effet, lorsqu'une situation juridique est née sous l'empire de l'ancienne loi et dont les effets se sont achevés aussi sous l'ancienne, la nouvelle loi n'a pas à s'appliquer. De la même manière, lorsqu'une situation juridique est née sous l'empire de la nouvelle loi et que ses effets se poursuivent sous la nouvelle loi, là encore, il n'y a aucune difficulté dans la mesure où la loi nouvelle s'applique. En revanche, il arrive fréquemment qu'une situation juridique soit née sous l'empire de l'ancienne loi mais ses effets continuent sous l'empire de la loi nouvelle. Ici, il y a assurément un conflit de lois qu'il convient de régler comme ci-dessous.

1^{ère} règle de résolution du conflit de lois. La nouvelle loi peut prévoir la résolution du conflit de lois à travers ce que l'on appelle des dispositions transitoires. Lorsque tel est le cas, on applique les prescriptions des dispositions transitoires. Cela étant, lorsqu'il n'y a pas de dispositions transitoires, alors la résolution du conflit de lois est énoncée à l'article 2 du Code civil.

2nde règle de résolution du conflit de lois. L'article 2 du Code civil dispose que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Ce texte apporte deux réponses importantes : d'une part, puisque la loi ne dispose que pour l'avenir, la loi nouvelle s'applique aux situations juridiques nées sous son égide ; d'autre part, dans la mesure où la loi n'a pas d'effet rétroactif, alors la loi nouvelle ne s'applique pas aux situations juridiques entièrement réalisées avant son entrée en vigueur. Pour autant, si la règle semble facile à appliquer, tel n'est pas le cas lorsque la situation juridique est née sous l'ancienne loi mais continue à produire ses effets sous l'empire de la loi nouvelle. Aussi, il faut distinguer entre deux situations. D'une part, il faut s'intéresser au principe de non-rétroactivité pour les conditions et les effets passés d'une situation juridique en cours. D'autre part, le principe de l'application immédiate de la loi

nouvelle pour les effets futurs d'une situation juridique en cours de réalisation.

1. Le principe de non-rétroactivité pour les conditions et les effets passés d'une situation juridique en cours

Principe de non-rétroactivité. Le principe est le suivant : les conditions de création d'une situation juridique ne peuvent être remises en cause par la loi nouvelle dès lors que cette création est antérieure à ladite loi nouvelle. De la même façon, les effets passés d'une situation juridique en cours ne sont pas également soumis à la loi ancienne. Cela étant, ce principe souffre de trois exceptions.

Les exceptions au principe de non-rétroactivité. La première exception tient aux lois expressément rétroactives. Autrement dit, la loi nouvelle contient une disposition indiquant que la loi nouvelle s'appliquera aux situations juridiques nées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La deuxième exception consiste dans les lois pénales plus douces. Il s'agit des lois qui suppriment ou diminuent une peine par application de ces lois à des infractions commises avant leur entrée en vigueur. La troisième exception traite des lois interprétatives en ce sens qu'elles viennent préciser le sens d'un texte antérieur.

2. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle pour les effets futurs d'une situation juridique en cours

Principe. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle implique que les effets futurs d'une situation en cours sont soumis à la loi nouvelle. Ce principe connaît une exception en raison de la sécurité juridique.

Exception. L'exception au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle tient à la matière contractuelle afin de préserver la volonté qui a présidé à la formation d'un contrat. C'est donc une question de sécurité juridique car il n'est pas certain que les parties auraient contracté si les conditions de formation du contrat n'étaient pas celles qui existaient lors de la formation du contrat. Ainsi, lorsqu'un contrat est en cours, on applique le principe de survie de la loi ancienne. Cela étant, cette exception a elle-même des exceptions de sorte que l'on revient au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle quand bien même il s'agirait d'un contrat en cours.

Les exceptions de l'exception. La survie de la loi ancienne à un contrat en cours – formé sous l'empire de l'ancienne loi mais continuant à produire ses effets sous la nouvelle loi – n'est pas absolue soit par l'intervention du législateur, soit par l'intervention du juge. En effet, le législateur peut, à travers des dispositions transitoires, prévoir une dérogation au principe de la survie de la loi ancienne. Quant au juge, ce dernier peut écarter la survie de la loi ancienne en présence d'un motif d'ordre public ou d'intérêt général.