

## Leçon 1 – LA REGLE JURIDIQUE

La règle de droit apparaît dès l'instant où se forme une communauté sociale. L'absence de règle de droit se traduirait par un état d'anarchie, de chaos et de barbarie qu'aucun groupe humain ne peut tolérer sous peine de se perdre. Cette finalité (assurer le maintien d'un certain ordre social) explique les caractères de la règle de droit (Section 1) autant qu'elle suggère une réflexion sur son fondement (Section. II).

Chapitre I. – Les caractères du droit

Chapitre II. – Les fondements du droit

### **Section 1 – Les caractères de la règle de droit**

Les caractères de la règle de droit tiennent à son expression (§1), à sa sanction (§2) et à sa finalité (§3).

#### **§1. – L'expression de la règle de droit**

##### **➤ Une règle générale**

Que la règle de droit soit en principe générale signifie qu'elle vise toutes les personnes et toutes les opérations qui entrent dans une catégorie abstraitement définie : les commerçants, les consommateurs, les enfants mineurs, ceux qui ont bénéficié d'une adoption ... Elle ne vise pas telle ou telle personne nommément désignée, mais à une catégorie de personnes abstraitement visée.

A cet égard, l'article 6 la DDHC de 1789 déclare que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Cette généralité constitue une garantie d'impartialité et assure le respect du principe d'égalité et de non-discrimination devant la loi, principe qui est la forme la plus élémentaire de la justice.

##### **➤ Une règle précise**

Des auteurs ont fait appel au critère de la précision pour caractériser la règle de droit. S'il est vrai que la règle de droit est souvent extrêmement précise – s'agissant par exemple de fixer les conditions de validité du mariage – force est de reconnaître qu'elle n'a pas toujours ce caractère. Le recours à des "standards" juridiques en témoigne.

Ex. : le droit de la consommation protège le consommateur dans ses relations avec les professionnels mais à aucun moment ne définit le consommateur.

Ex. : aux termes de l'article 11240 du Code civil, le droit commun de la responsabilité civile repose sur la notion de faute ; mais quelle définition convient-il de retenir du mot « faute » ? Le Code ne définit pas la faute si bien qu'il est possible d'en avoir des conceptions fort diverses.

Ex. : L'articles 6 du Code civil dispose qu'un contrat est nul lorsque ses stipulations s'avèrent contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par ordre public et bonnes mœurs. La loi ne le dit pas parce qu'il s'agit de notions à contenus variables avec le temps et les situations. Ainsi, jusqu'à un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 3 février 1999, les donations consenties en vue de maintenir une relation adultère étaient annulées au motif qu'elles étaient contraires aux bonnes mœurs. Désormais, de telles libéralités sont valables.

La précision est davantage un vœu de certain qu'une réalité du droit. Ce n'est peut-être pas un mal car l'imprécision offre au juge chargé d'appliquer la loi une certaine marge de manœuvre afin d'adapter le droit aux réalités économiques et sociales du moment.

## **§2. – La sanction de la règle de droit**

La règle de droit est obligatoire pour ceux à qui elle s'applique. Elle remplit en cela une fonction normative : elle ordonne (ex. : le contribuable doit payer ses impôts) ou interdit (ex. : l'homicide), autorise (ex. : à certaines conditions, les parties à un contrat peuvent stipuler une clause réduisant ou supprimant la garantie des vices cachés due par le vendeur) ou punit par le jeu de sanctions civiles (ex. : annulation d'un contrat, paiement de dommages-intérêts, exécution forcée) ou de sanctions pénales (ex. : peines d'amendes ou d'emprisonnement).

Le caractère obligatoire de la règle de droit se traduit en principe par l'existence d'une sanction organisée par la société. L'existence d'une telle sanction permet notamment de distinguer le droit de la morale.

\* La règle de droit ressemble à bien des égards à la règle morale.

– L'une comme l'autre constituent des règles de conduite, c'est-à-dire des règles imposant un comportement à l'individu dans ses rapports avec autrui.

– L'une comme l'autre revêtent un caractère obligatoire.

\* Mais des différences existent.

Tandis que la règle juridique est sanctionnée par l'autorité publique et comporte, à ce titre, la possibilité d'une contrainte, l'obligation prescrite par la règle morale est limitée au for de la conscience. Si la violation d'un précepte moral peut entraîner la réprobation du groupe, cette sanction ne se prolonge pas dans un pouvoir de contrainte. Seules les règles de droit peuvent bénéficier pour leur application d'une sanction étatique.

## **§3. – La finalité de la règle de droit**

**Distinction morale et Droit.** – C'est par sa finalité que la règle de droit se distingue le plus nettement de la règle morale. La première poursuit une finalité sociale tandis que la seconde poursuit une finalité individuelle.

\* La règle de droit poursuit une finalité sociale qui est d'assurer un certain ordre social. Traduit cette finalité l'impératif de sécurité juridique, lequel suppose pour les personnes, la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes.

Cette exigence de prévisibilité exige la réunion de 5 conditions.

1) La première est l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, érigées en objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel à la poursuite duquel participe l'effort de codification à droit constant.

2) La deuxième est la clarté et la précision de la règle de droit. Lorsqu'une règle est obscure, que son sens est controversé, on ne peut agir avec certitude.

Bien que la loi évite en général de recourir à des notions vagues (*cf. cep. ex. : consommateur, bonnes mœurs...*), les règles font souvent l'objet de nombreuses interprétations qui en altèrent la prévisibilité car on ne peut savoir à l'avance l'interprétation que retiendra le juge éventuellement saisi de l'affaire.

3) La troisième condition nécessaire à la sécurité juridique est l'absence d'arbitraire administratif et judiciaire. Dans un état de droit, le fonctionnaire et le juge doivent appliquer le droit même si la règle leur paraît contraire à l'équité ou à la justice ou, du moins, à la conception qu'ils s'en font. Cette obligation repose sur le principe de la séparation des pouvoirs développée par Montesquieu, principe en vertu duquel aucune confusion ne doit se produire entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'Etat. Le pouvoir de formuler une règle de droit n'appartenant qu'au Parlement, le juge ne saurait faire œuvre créatrice en rendant la justice : il est le serviteur de la loi, "*la bouche de la loi*" selon la formule de Montesquieu.

Il faut relever, à l'appui de cette obligation qui pèse sur tout magistrat, que si celui-ci pouvait statuer en équité, la sécurité des relations juridiques en serait gravement altérée, l'issue d'un procès ne dépendrait plus d'une règle générale connue de tous, mais des conceptions morales des magistrats qui en seraient saisis. Nous verrons, cependant, que la portée de cette obligation mérite d'être relativisée.

4) La quatrième condition de la sécurité juridique est la non-rétroactivité des lois nouvelles. Si une loi nouvelle pouvait punir des faits antérieurement accomplis à une époque où aucune règle ne les prohibait, la sécurité juridique disparaîtrait. Cette exigence est particulièrement forte en matière pénale, domaine où la non-rétroactivité des lois constitue un principe du droit constitutionnel français. En revanche, ce principe subit de nombreuses exceptions en matière fiscale...

5) Enfin, cinquième condition de la sécurité juridique : la stabilité du droit. Même lorsqu'elles ne sont pas rétroactives, les modifications du droit perturbent l'ordre établi. Elles affectent les prévisions de ceux qui avaient opéré des choix en croyant à la pérennité du droit.

Ex. : Ainsi, une augmentation des charges sociales, justifiée par la nécessité de combler le déficit de la sécurité sociale, peut amener l'employeur à licencier celui qu'il venait à peine

d'embaucher. Si, dans le même temps, une loi nouvelle vient renforcer les conditions du licenciement, dans le but louable de protéger les salariés, cet accroissement des charges peut à terme conduire l'entreprise au dépôt de bilan. Le déroulement d'une procédure de redressement puis de liquidation judiciaire conduit, aux termes de la loi du 25 janvier 1985, à sacrifier les créanciers de l'entreprise au profit des salariés et du Fisc. Ce but, assurément louable (pour les salariés...), produit des effets pervers qui sont des faillites en chaîne, par ricochet. Les statistiques démontrent en effet qu'un pourcentage important de dépôts de bilan trouve son origine dans l'impossibilité pour l'entreprise de recouvrer sa créance suite à la faillite de son débiteur.

Cet exemple montre que si la finalité première du droit est d'assurer un certain ordre social par le biais d'une certaine sécurité juridique, s'ajoute une autre finalité que l'on ne saurait négliger. Le droit tend également vers un idéal de justice.

La règle de droit oscille toujours entre les impératifs de sécurité (d'ordre) et de justice. L'art du juriste est d'essayer d'atteindre cet équilibre. On cite volontiers cette phrase de Goethe : « *mieux vaut une injustice qu'un désordre* » pour montrer que le but premier du droit est d'assurer l'**ordre** et non la **justice**. Mais il n'est pas douteux qu'une règle est d'autant mieux acceptée et respectée qu'elle assurera l'ordre social en recherchant la justice.

\* Si la règle de droit poursuit une finalité sociale, la **morale**, en revanche, poursuit une fin individuelle en ce qu'elle tend à la perfectibilité de l'individu. Son but est bien plus élevé que celui du droit, son domaine est aussi bien plus vaste. Le droit borne ses ambitions à régler les relations extérieures des hommes entre eux pour y faire régner une certaine paix sociale. La morale, ouverte aux impératifs de la conscience, attend de l'homme un dépassement.

Elle se préoccupe des devoirs de l'homme non seulement à l'égard des autres hommes, mais aussi à l'égard de lui-même, voire de la divinité. Le droit est plus terre à terre, plus modeste, il constitue un facteur d'ordre, un régulateur de la vie sociale, une norme moyenne...et c'est déjà beaucoup.

C'est donc essentiellement dans les finalités poursuivies que règle juridique et règle morale s'opposent.

**Consécration de la morale par le droit.** – Il ne faudrait point en conclure qu'il n'existe aucune relation entre Morale et Droit. Si le domaine du Droit et celui de la Morale sont souvent parfaitement distincts (ex. : les prescriptions du code de la route qui imposent de conduire à droite), ils coïncident parfois.

1) La règle de droit est souvent le reflet de certaines conceptions morales. Les exemples sont nombreux en droit de la famille où de multiples dispositions, tant en ce qui concerne le mariage que la filiation ne font que traduire les conceptions morales du législateur, elles-mêmes en relation directe avec l'état des mœurs dans la société.

Ex. : L'évolution de la législation française en matière d'avortement, passée en 1975 d'un principe d'interdiction à un principe de licéité en fournit une illustration particulièrement nette.

Ex. : l'institution du PACS reflète une évolution du regard de la société envers les couples non mariés et les homosexuels. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe,

er récemment, la possibilité pour les femmes célibataires ou les couples de femmes d'avoir accès à la PMA.

Ex. : L'alignement du statut des enfants naturels, notamment adultérins, sur celui des enfants légitimes par les lois du 3 décembre 2001 et du 4 mars 2002 : le « bâtard » d'hier a désormais autant de droits que l'enfant né de parents mariés.

A l'inverse, certaines règles de droit paraissent heurter la morale.

Ex. : Tel est notamment le cas du voleur qui devient juridiquement propriétaire passé un délai de 30 ans de possession. S'il en est ainsi, c'est dans une large mesure parce que les règles de conduite exprimées par le droit n'ont pas seulement pour fin d'assurer la justice, mais aussi de satisfaire d'autres besoins tels que celui de la sécurité. Passé un délai de 30 ans, il convient de ne plus remettre en cause les situations créées, même si elles reposent, à l'origine sur une injustice.

Ex. : La tromperie. La morale exclut le mensonge et la tromperie mais le droit l'admet parfois. Ainsi, en matière de mariage, la tromperie, aussi appelée le dol, n'est pas une cause de nullité du mariage. Un vieil adage de l'ancien droit précise : *"En mariage trompe qui peut"* (Loysel).

2) De manière plus directe, le droit s'ouvre à la morale lorsqu'il fait appel à la notion de bonnes mœurs.

3) Enfin, et cette fois de manière plus diffuse, la morale pénètre dans le droit par le canal des jugements rendus par les magistrats. Cette influence ne devrait pas être possible dans le système juridique français puisque la règle de droit, telle qu'elle résulte de la loi ou d'un décret, doit être appliquée par le juge même s'il estime qu'elle est inéquitable, même si, en d'autres termes, elle lui paraît contraire à la morale ou, en tout cas, aux conceptions morales qui sont les siennes.

Il convient toutefois de souligner que ces conceptions morales ne sont pas, en pratique, totalement absentes des décisions rendues. Les subtilités du raisonnement juridique permettent aux magistrats, en bien des circonstances, de rendre un jugement conforme à l'équité sous couvert de l'application pure et simple de la règle de droit.

Ex. : CA Paris 18 septembre 2002 a prononcé la suspension de peine de Maurice Papon, en application de la loi Kouchner du 4 mars 2002, au motif que son état de santé était incompatible avec son maintien en détention (ce que des experts médicaux ont attesté) et que, compte tenu de son âge et de son état de santé, il n'y avait pas de risque de trouble à l'ordre public. L'appréciation du trouble à l'ordre public est certainement susceptible de divers degrés d'appréciation...

## **Section 2 – LES FONDEMENTS DU DROIT**

La recherche des fondements du droit laisse apparaître une querelle entre deux écoles : les partisans des doctrines idéalistes (§1) et ceux des doctrines positivistes (§2).

## **§1. – Les doctrines idéalistes**

Il convient d'examiner le contenu des doctrines idéalistes (§1) avant de procéder à l'étude des critiques qui leur sont adressées (§2).

- A. – Le contenu des doctrines idéalistes
- B. – La critique des doctrines idéalistes

### **A. – Le contenu des doctrines idéalistes**

L'idée de base des doctrines idéalistes est qu'au-dessus des Droits positifs, c'est-à-dire des droits applicables dans les divers Etats à une époque déterminée, il existe un Droit idéal qui constitue le modèle vers lequel doivent tendre tous les droits positifs. On appelle ce Droit idéal, le Droit naturel parce qu'il procède, d'une façon ou d'une autre, de la nature et précède le Droit positif.

Pour les uns, animateurs du courant spiritualiste, le Droit idéal est d'essence divine. Les principes doivent en être recherchés dans l'enseignement de Dieu. On retient d'ailleurs une célèbre phrase d'*Antigone* à Créon, dans la tragédie de Sophocle, qui voulait l'empêcher d'enterrer son frère en lui lançant: *"Je ne croyais pas que vos édits eussent tant de pouvoirs qu'il permissent à un mortel de violer les lois divines : lois non écrites, celles-là, mais intangibles. Ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, c'est depuis l'origine qu'elles sont en vigueur, et personne ne les a vu naître"*

Pour les autres, il est d'essence rationnelle : la raison humaine en dessinerait elle-même les traits. Chaque individu porterait en soi un idéal de justice qu'il conviendrait de retrouver.

\* De leur doctrine, les idéalistes tirent la conséquence que chaque Droit doit être apprécié par rapport au Droit idéal, qu'il soit révélé par Dieu ou par la raison humaine. Toute disposition contraire est considérée comme injuste.

Il en résulte au moins deux séries de conséquences :

1) La première est que la loi n'est plus la source première du Droit. Elle ne constitue plus qu'une source seconde, subordonnée à un idéal.

2) La seconde conséquence est que si le législateur adopte une disposition contraire aux principes du Droit idéal, les individus peuvent, et même doivent, refuser de s'y soumettre. La faculté de résister à la loi injuste conduit alors rapidement au devoir de désobéissance.

Ex. : les juridictions d'exception réunies au lendemain de la IIe Guerre Mondiale ont fait une large application de ce principe en adressant à nombre de militaires, notamment allemands, le reproche d'avoir obéi aux ordres qui leur avaient été donnés en application de textes ultérieurement qualifiés d'«injustes».

Trois formulations essentielles, correspondant à trois temps historiques, ont été données de la doctrine idéaliste : dans l'antiquité grecque, au Moyen-Age et au 18<sup>e</sup> siècle.

### ➤ L'expression de la doctrine idéaliste dans l'antiquité grecque

Pour PLATON (-428 à -348) et ARISTOTE (-384 à -322), l'essence du droit réside dans la **Justice**.

Mais comment découvrir ce qui est juste ?

Pour **Platon**, la Justice se perçoit dans la contemplation d'un idéal moral que chacun possède en lui. L'illustre philosophe confond donc le droit et la morale.

Selon **Aristote**, au contraire, le droit diffère de la morale en ce qu'il a pour finalité d'attribuer à chacun ce qui lui revient, ce que l'on appelle la justice distributive. Celle-ci ne s'intéresse pas au rapport de l'homme avec sa conscience (= morale) mais aux relations des hommes entre eux (ou avec les biens qu'ils possèdent et échangent en fonction d'une règle du juste milieu).

### ➤ L'expression de la doctrine idéaliste au Moyen-Age

Au Moyen-Age apparaît et se développe, notamment sous l'impulsion de SAINT THOMAS D'AQUIN (1228-1274), un nouveau courant idéaliste pour lequel le Droit idéal est révélé par **Dieu**.

Il distingue une hiérarchie de trois séries de lois :

- la *lex aeterna* (loi éternelle) : elle exprime la raison divine.
- la *lex naturalis* (loi naturelle) : elle est accessible à l'homme car elle a été inscrite par le Créateur dans la conscience de l'Homme et la nature des choses.
- la *lex humana* (loi humaine) correspondant au Droit positif.

Pour Saint Thomas, le Droit idéal n'est plus une œuvre humaine rationnelle mais une œuvre divine ; à l'image de son créateur, il est immuable et parfait.

Mais comment accéder à la connaissance de ce Droit idéal, Droit naturel ? Selon Saint Thomas d'Aquin, deux voies sont ouvertes.

– La première a été empruntée par Aristote : le monde créé portant la marque de son créateur, il est possible, à travers l'observation du réel, de découvrir la loi naturelle.

– La seconde, proposée par Saint Thomas d'Aquin, consiste à rechercher l'expression de ce Droit naturel dans l'Écriture Sainte.

Mais quelle que soit la voie choisie, l'homme ne saurait percevoir, à travers l'observation du vécu ou l'analyse des textes sacrés, que des principes généraux. Ces derniers ne sauraient à eux seuls fonder une organisation sociale, si bien qu'il appartient au pouvoir politique d'édicter des dispositions plus précises, des règles pratiques de la vie sociale de nature à mettre en œuvre les principes généraux du droit naturel.

### ➤ L'expression de la doctrine idéaliste au XVIII<sup>e</sup> siècle

La notion de droit naturel va, **dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle**, se modifier profondément sous l'influence de deux facteurs :

- le premier, c'est la réforme protestante qui rompt l'unité spirituelle du monde chrétien et conduit à chercher pour le droit une base qui ne soit plus uniquement théologique.
- le second, c'est le développement de l'individualisme (théorie ou tendance qui voit dans l'individu la suprême valeur dans le domaine politique, économique, moral) et l'aspiration de tous les peuples à une certaine émancipation. De tous côtés, se manifeste un souci de lutter contre l'absolutisme monarchique et il n'est pas de meilleur moyen de lutte que d'affirmer, à l'encontre des lois émises par ce pouvoir monarchique absolu, qu'il existe au-dessus des lois des valeurs supérieures auxquelles le souverain lui-même doit se plier.

Dans ces conditions, se développe à partir du 17<sup>e</sup> siècle une **conception laïcisée** du Droit naturel dont l'origine doit être recherchée dans les réflexions menées par HUGO DE GROOT dit GROTIUS (jurisconsulte hollandais, 1583 à 1645) et, après lui, par ***l'Ecole du droit naturel*** menée par Puffendorf (1622-1694).

Selon cette Ecole, le droit naturel (laïc) ne se découvre pas par l'observation des êtres et des choses, mais par la **raison humaine**. Le droit naturel est ainsi un ensemble de principes édictés par la raison et qui nous font connaître qu'une action est juste ou injuste.

Ainsi, observant que l'homme est un être sociable, fait pour vivre en société, il en déduit qu'il est tenu de respecter les conventions conclues avec d'autres hommes, faute de quoi aucune vie commune ne serait plus possible.

Contrairement à Aristote, le fondement du droit ne réside pas dans la recherche d'un équilibre harmonieux entre les hommes, mais dans la liberté de l'homme de s'engager et l'obligation fondamentale qui en résulte de respecter ses engagements. La volonté individuelle est ainsi érigée en fondement du droit.

Aussi n'est-il pas étonnant que les idées de ***l'Ecole du droit naturel*** se soient prolongées au **XVIII<sup>e</sup> siècle**, mais en prenant un aspect politique assez marqué, sous l'influence des philosophes français tels que Montesquieu, Voltaire et Rousseau, dont la théorie du *contrat social* s'inspire de cette conception du droit naturel, imprégnée d'individualisme.

L'ensemble de ces idées va préparer les révolutions de la fin du siècle : révolution américaine (4 juillet 1776 déclaration d'indépendance et 3 septembre 1783 signature du traité de Paris officialisant l'indépendance) et révolution française de 1789.

Ces idées conduiront à la reconnaissance de droits fondamentaux, inaliénables et sacrés, au profit de chaque homme que proclamera la *Déclaration des Droits de l'homme* adoptée en 1789 par l'Assemblée constituante et inspireront la plupart des constitutions élaborées par la suite. La fin du XVIII<sup>e</sup> siècle a été la période de l'apogée du courant idéaliste, sous sa forme la plus systématique et la plus excessive.



## **B. – La critique des doctrines idéalistes**

On a reproché aux doctrines idéalistes d'être inexactes et inutiles.

### ➤ **L'inexactitude des doctrines idéalistes**

Certains auteurs n'ont pas manqué de relever que s'il existait un Droit naturel universel, c'est-à-dire commun à tous les hommes et à toutes les civilisations, il ne devrait pas exister entre les systèmes de Droit positifs des différences aussi profondes que celles que nous connaissons.

Cette critique a notamment été adressée par *l'Ecole historique allemande* au 19<sup>e</sup> siècle animée par **SAVIGNY** (1779-1861). Selon cette école, le Droit a essentiellement une source populaire et historique : la coutume. Le droit est l'œuvre du temps ; si bien qu'il n'existe pas de Droit universel mais seulement des Droits propres à chaque nation à un moment donné.

A ces critiques, des auteurs contemporains (not. F. GENY) ont répondu qu'il convenait de réduire le Droit naturel à quelques principes généraux : respect de la personne humaine, de la parole donnée, etc. Dans ces conditions, il est permis de se demander si la référence à un Droit naturel si vague revêt encore quelque utilité.

### ➤ **L'inutilité des doctrines idéalistes**

L'inutilité des doctrines idéalistes sera démontrée si les conséquences pratiques qui leur sont attachées apparaissent dénuées de portée.

\* S'agissant de **l'interdiction du Pouvoir politique** d'adopter des dispositions contraires au Droit naturel, il faut bien admettre qu'elle ne constitue qu'un vœu, faute de pouvoir être sanctionnée.

L'action menée par l'Organisation des Nations Unies en apporte la preuve lorsqu'interdiction est faite aux Gouvernements de prendre des mesures contraires aux principes de Droit naturel exprimés à travers les Droits de l'homme. Les violations de ces principes sont fréquentes et, généralement, dépourvues de sanction.

\* En ce qui concerne la faculté de **résister aux lois injustes**, il est facile de remarquer combien elle expose celui qui l'utilise aux foudres de l'Etat qui a imposé la règle contestée. En pratique, il n'est que deux hypothèses dans lesquelles la loi injuste peut être écartée.

1) La première est celle où la loi méconnaît un principe supérieur formulé dans la Constitution (ex. : liberté d'association) ou une convention internationale (Ex. : CEDH). S'il existe un organisme de contrôle chargé de vérifier la constitutionnalité des lois, cet organisme pourra exclure l'application du texte discuté. Mais s'il adopte une telle attitude, ce n'est pas en considération de quelques grands principes de droit naturel, mais au nom des dispositions formulées par la Constitution.

2) La seconde hypothèse dans laquelle une loi injuste peut être écartée est celle où, suite à un changement d'idéologie politique, une loi nouvelle est promulguée afin d'effacer rétroactivement la loi ancienne jugée mauvaise.

Ex. : ainsi furent effacées, au lendemain de la IIe Guerre mondiale, les lois d'inspiration raciste promulguées par le Gouvernement de Vichy.

Ces critiques doivent être relativisées. Si la recherche d'un droit naturel détaillée est vaine, il est permis de rattacher au droit naturel quelques grands principes à vocation universelle constituant les droits de l'homme. Autant de droits et libertés fondamentaux exprimés par :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 6 août 1789,
- la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948,
- la Convention européenne des droits de l'homme adoptée en 1950 par le Conseil de l'Europe et ratifiée par la France le 3 mai 1974,
- ou encore la récente Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée lors du sommet de Nice le 18 décembre 2000.

Ces textes inspirent de plus en plus notre droit contemporains, tant au niveau législatif que juridictionnel.

## **§2. – Les doctrines positivistes**

Comme précédemment, l'analyse du contenu de ces doctrines (§1) précédera celle des critiques qui leur sont généralement adressées (§2).

- A. – Le contenu des doctrines positivistes
- B – La critique des doctrines positivistes

### **A. – Le contenu des doctrines positivistes**

L'idée générale qui anime ces doctrines est que la loi s'impose en tant que telle, sans qu'il y ait lieu de vérifier sa conformité avec quelque ordre supérieur d'origine divine ou rationnelle. Peu importe qu'elle soit juste ou injuste. Le droit positif se justifie par lui-même. Pleinement suffisant en lui-même, le droit n'a nul besoin d'être fondé sur un ordre supérieur.

Socrate est positiviste lorsqu'il préfère accepter la mort plutôt que de désobéir à une loi injuste. Les citoyens doivent se soumettre aux lois, même injustes, afin de ne point donner un exemple qui pourrait inciter certains à se soustraire aux lois, même justes.

Au-delà de cette idée générale, le positivisme est une doctrine à plusieurs facettes : il est qualifié tantôt d'étatique tantôt de scientifique.

#### **➤ Le positivisme étatique**

Le positivisme étatique relie le caractère contraignant de la règle de Droit à l'autorité de l'Etat. Son expression classique fut profondément renouvelée par Kelsen.

### ➤ Expression classique du positivisme étatique

Le positivisme étatique repose sur l'idée selon laquelle la volonté du souverain est la seule source du Droit. Le droit n'a pas d'autre justification que d'être engendré par l'Etat.

Il en résulte que :

- **Seules les règles édictées et sanctionnées par l'Etat méritent d'être qualifiées de règles de droit.**
- **Toutes les règles édictées par l'Etat s'imposent. La loi injuste doit être respectée parce qu'elle est la loi.**

C'est surtout à partir de la **Renaissance** que va se développer le positivisme juridique, période où se forment les Etats modernes et où s'affirme le pouvoir absolu après le désordre du Moyen-Age. L'autorité de l'Etat, ainsi que sa souveraineté, sont alors mises au premier plan.

Les partisans de cette théorie sont notamment :

- Au **XVI<sup>ème</sup> siècle**, **Machiavel** en Italie pour qui le pouvoir compte avant tout indépendamment de sa légitimité puisque tous les moyens sont bons pour le conquérir : la ruse, la duplicité, la perfidie, la corruption, l'assassinat, et surtout la guerre : "*Les principaux fondements de l'Etat sont les bonnes lois et les bonnes armes ; et comme il ne peut y avoir de bonnes lois là où il n'y a point de bonnes armes, et que là où il y a de bonnes armes, il y a nécessairement de bonnes lois, je m'abstiendrai de traiter des lois et parlerai des armes*" (*Le Prince*, chap. XII)

- Au **XVII<sup>ème</sup> siècle**, le philosophe anglais **Hobbes** qui peut être considéré comme le père du positivisme juridique moderne. Son raisonnement est le suivant : comme "*l'homme est un loup pour l'homme*", il faut, pour éviter le chaos naturel un être artificiel beaucoup plus fort que lui. Ce sera l'Etat tout puissant, lequel détiendra la souveraineté et édictera des lois qui seront nécessairement justes dans la mesure où leur fondement n'aura pas à être cherché ailleurs qu'en lui-même.

*Léviathan* est une oeuvre majeure de l'Anglais Thomas Hobbes (1588-1679). Ecrit en 1651, ce texte a ouvert la voie à la philosophie politique moderne et nourrit la réflexion politique jusqu'à la Révolution française. Contrairement à ses nombreux prédécesseurs, Hobbes ne soulève plus la question du choix du meilleur régime mais il contribue à fonder la politique sur la " vérité effective des choses ", à la façon de Machiavel, et s'interroge sur l'obéissance légitime et par conséquent sur la souveraineté.

**L'état de nature qu'Hobbes décrit est un mode de vie impitoyable et insupportable. Les hommes, pour préserver leur vie et pour s'acheminer vers la paix, renoncent d'eux-mêmes à cet état de guerre et choisissent une autorité supérieure : le souverain. Celui-ci hérite de tout ce qui était propre aux individus dans l'état de nature pour en être le détenteur exclusif. Le léviathan, cet anthropomorphisme utilisé par le philosophe, détient un pouvoir absolu et illimité en échange de la paix civile apportée aux individus. C'est une organisation politique artificielle parce qu'elle est le résultat d'un contrat passé entre les hommes.** L'unité de ce " corps " politique est rendue possible par l'existence d'un représentant unique et non pas par les individus qui le composent. Son âme est l'autorité politique.

Partisan de l'absolutisme, Hobbes fait du souverain un être raisonnable guidé dans son action par des considérations utilitaires, dont le devoir est de réussir. Pour certains, à partir de son interprétation libérale de la loi, Hobbes serait même un des fondateurs du libéralisme. A travers la description rationaliste du contrat social et du pouvoir souverain c'est la dimension scientifique de la politique qui est mise en exergue.

- La grande période du positivisme étatique reste cependant le **XIX<sup>ème</sup> siècle**, avec les doctrines allemandes. Au début de ce siècle, apparaissent, en effet, en Allemagne, divers

courants, en réaction violente à la fois contre les doctrines du droit naturel et contre la thèse individualiste de la Révolution française. Ces courants de pensée s'épanouissent d'autant plus qu'ils sont favorisés par les circonstances extérieures que sont, d'une part, les réactions de plus en plus vives en Europe contre la Révolution française et surtout contre les conquêtes napoléoniennes, d'autre part, l'apparition du Romantisme ainsi que d'idées sociales qui refoulent l'individualisme.

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, les auteurs les plus éminents ayant développé ces théories sont :

- **Hegel**, philosophe allemand, disciple de Kant. Il va donner au positivisme juridique une structure logique extrêmement poussée, appliquant au droit son système philosophique selon lequel l'évolution des idées ne serait qu'une succession de thèses, antithèses et synthèses. D'après lui, l'individu est la thèse, la société l'antithèse, la synthèse étant réalisée par le droit qui résout le conflit entre l'individu et la société. Or pour Hegel, le droit s'identifie à l'Etat parce qu'il repose sur la force : le Droit s'explique et se révèle « *par la puissance qui réussit à le réaliser* », c'est-à-dire par la force, si bien que *"tout ce qui est étatique est juridique et inversement, tout ce qui est juridique est étatique"*.
- La même idée est formulée par **Ihering**, juriste allemand du 19<sup>e</sup> siècle, qui souligne que le Droit est « *la politique de la force* ». **Ihering** soutenait une thèse que l'on a pu qualifier de juridico-militariste, selon laquelle la formation de la règle de droit suppose un combat, une lutte entre les individus. *"Le droit n'est pas une idée logique mais une idée de force"*.

#### ➤ Expression moderne du positivisme étatique

Une expression renouvelée du positivisme étatique a été présentée au 20<sup>e</sup> siècle par **Hans Kelsen**, célèbre juriste autrichien. Connue sous le nom de « système normativiste », cette théorie rejette toute référence à un quelconque droit naturel et se borne à décrire le Droit, qu'elle assimile à l'Etat, sous la forme d'une pyramide. **Chaque norme tire sa force obligatoire de sa conformité à celle qui est placée au-dessus d'elle.**

Ainsi les décrets s'imposent-ils aux individus parce qu'ils sont conformes aux lois qui leur sont supérieures. Ces lois sont elles-mêmes obligatoires parce qu'elles sont conformes à la Constitution, norme première placée au sommet de la pyramide. Cette thèse a le mérite de mettre en lumière le schéma d'organisation juridique retenu par les sociétés contemporaines mais présente le défaut de ne pas expliquer de quelle norme supérieure la Constitution tire elle-même son autorité.

Kelsen reconnaît d'ailleurs qu'au sommet ultime de sa pyramide se trouve une « norme fondamentale », norme qu'il s'abstient de rechercher. Il n'a donc pas résolu le mystère essentiel du Droit, celui de son fondement. Pourquoi une règle de droit humain oblige-t-elle les hommes ? A cause du Décalogue ? du Droit naturel ? de la Raison ? d'une nécessité de fait ? Rien de tout cela, Kelsen ne répond pas. Il se refuse à rechercher la base ultime des lois : c'est un fondement hors de sa portée. Cette norme fondamentale apparaît ainsi comme un **fondement sans fondement**. Or un système juridique sans base est fragile et exposé à toutes les dérives : la déification de l'Etat, la tyrannie ou le totalitarisme ; l'histoire l'a souvent montré.

### ➤ Le positivisme scientifique

Parmi les doctrines positivistes, une distinction doit être opérée entre les conceptions marxistes et les conceptions non marxistes.

### ➤ La conception marxiste du Droit

L'état du Droit à un moment donné, dans un pays déterminé, s'explique selon MARX par un rapport de forces destiné à évoluer.

1) Dans la société dite « bourgeoise », le Droit constitue un instrument de contrainte de la classe dominée par la classe dirigeante. Elle reflète le combat de ceux qui détiennent les moyens de production contre ceux qui ne les ont pas. Le Droit permet d'assurer à la classe dominante le profit de la force de travail de la classe dominée tout en évitant ou en contenant les affrontements qui pourraient mettre en péril sa suprématie.

2) Une fois ouverte la phase du socialisme, par suite de l'appropriation des moyens de production par la collectivité, le Droit a essentiellement pour rôle d'assurer la distribution des revenus : distribution en proportion du travail de chacun avant de l'être en fonction des besoins.

3) Le passage du socialisme au communisme, stade ultime de l'évolution, marquera la disparition du Droit, toute opposition d'intérêts ayant alors disparu. Chacun, recevant ce qui est nécessaire à la satisfaction de ses besoins, exécutera spontanément ses devoirs sociaux. L'appareil de contrainte n'ayant plus de raison d'être, la disparition du Droit s'opérera d'elle-même.

### ➤ Les conceptions non marxistes du Droit

### – L'école économique

Initialement nourrie des principes de la philosophie utilitariste anglaise au 18<sup>e</sup> siècle, dont BENTHAM fut l'un des principaux acteurs, l'école économique définit le droit comme l'ensemble des règles permettant d'obtenir « le plus grand bonheur pour le plus grand nombre, avec le moins de peine possible ». Dans cette perspective, le droit ne constitue qu'un instrument au service d'une doctrine économique.

Depuis les années 1970s s'est développée à partir de l'Université de Chicago un courant de pensée baptisé "*analyse économique du droit*" dont Richard POSNER, Frédéric BASTIAT, Ronald COASE ou encore Friedrich HAYEK sont quelques illustres acteurs.

Pour l'essentiel, l'Analyse Economique du Droit (ci-après AED) offre une méthode d'analyse des conséquences de l'application des règles de droit en termes d'efficacité économique. Le droit doit tendre à la meilleure efficacité économique possible.

Ex. : la protection du consommateur a un coût que les juristes, souvent, ignorent. Or qui paie si ce n'est le consommateur lui-même ?... pour une protection qui se révèle souvent illusoire... ?

Ex. : erreur sur les qualités substantielles d'un tableau dont l'acheteur découvre, après expertise, qu'il constitue un tableau de maître ; l'annulation du contrat est anti-économique car elle récompense celui qui n'a rien entrepris (le vendeur) au détriment de l'acheteur dont les efforts de recherche (risques, investissements...) ne sont pas récompensés.

Ex. : AED et juste salaire : contrat de travail, salarié, entrepreneur...

Ex. : Faut-il réglementer les activités dangereuses, multiplier les contrôles... ce qui a un coût ou laisser les acteurs économiques libres de s'organiser mais les rendre responsables en cas de dommage (principe du pollueur-payeur) ? L'analyse économique du droit nous enseigne que cette seconde solution est généralement préférable à la première parce que aucune réglementation n'est jamais totalement efficace, aucun contrôle n'est absolu et, si un dommage survient, la responsabilité se trouve, du fait même de la réglementation et des contrôles, diluée entre plusieurs acteurs dont l'Administration. Autant dire que personne ne sera responsable... ce qui n'est pas le cas du principe du pollueur-payeur : liberté mais responsabilité intégrale.

Que faut-il penser de l'AED ? Il y a du bon... et du moins bon.

- Du bon car elle repose sur un constat d'une grande humilité : personne n'est suffisamment savant ni omniscient pour prévoir toutes les conséquences des décisions qu'il prend. N'importe quelle personne, individuelle, administration, législateur... peut se tromper dans ses choix. Or, lorsqu'un individu se trompe, il en assume seul les conséquences ; lorsque les pouvoirs publics se trompent, c'est la collectivité tout entière qui en subit les conséquences. L'AED nous enseigne donc à faire preuve d'une grande prudence à l'égard du droit. On a sans doute plus à gagner d'un *ordre social spontané* (Hayek) que d'une inflation démesurée du droit. L'enfer est pavé de bons sentiments... Moins de lois, plus de liberté ET de responsabilité.

- Du moins bon car **cette instrumentalisation du droit est parfois excessive en ce qu'elle néglige les autres finalités du droit et évacue du droit toute direction politique et morale.**

Ex. : au motif qu'il faut laisser le libre jeu du marché, certains économistes suggèrent de libéraliser le commerce des drogues, douces comme dures ; dans le même esprit, il conviendrait d'admettre la licéité du commerce d'organes (vendre un rein, un œil : un bon moyen de financer ses études ?) et pourquoi pas d'enfants...

Ex. : le principe du pollueur-payeur trouve une importante limite lorsque le dommage est tel qu'aucune réparation convenable n'est sérieusement envisageable (marée noire, risque nucléaire...). Aussi une réglementation destinée à prévenir ce genre de risque, plutôt qu'à le guérir, peut-elle être préférable.

### – L'école historique

Selon l'école historique allemande conduite au 19<sup>e</sup> siècle par SAVIGNY, le Droit est le fruit exclusif de l'histoire. Il ne fait qu'exprimer, à une époque déterminée, l'état de l'évolution d'une société ; il est l' «*âme d'une nation* ».

Parce que la source principale du Droit est, dans cette conception, la coutume, par nature évolutive, et qu'une codification apparaît comme une entrave à cette évolution du Droit, SAVIGNY se montra particulièrement hostile aux projets de codification destinés à doter

l'Allemagne d'un Droit uniforme, à l'imitation de l'œuvre réalisée par le Code civil français. On lui reproche aujourd'hui d'avoir retardé de cent ans l'adoption d'un Code civil en Allemagne (cf. Anthologie, p. 159 ; Malaurie, n° 439). Le BGB (*Bürgerliches Gezetzbuch*) date de 1900.

### – L'école sociologique

Le positivisme sociologique, plus récent que le positivisme juridique, présente avec ce dernier la caractéristique commune de rejeter l'idée d'un droit naturel. Mais, et c'est là la différence entre les deux tendances, il n'admet pas non plus que le droit ait sa source dans l'Etat uniquement. Les sociologues vont chercher le fondement du droit dans le milieu social, dans les mœurs, dans les coutumes et les usages. Le droit positif se justifie parce qu'il est le reflet de l'état des mœurs. La règle ne dépend pas de la volonté des autorités politiques mais est dictée par la réalité sociologique, celle-ci s'imposant à l'Etat lui-même. En d'autres termes, l'Etat ne ferait que traduire en lois une réalité sociologique.

Le père du positivisme sociologique est le philosophe français du siècle dernier, **Auguste Comte**. D'après sa théorie, la société étant soumise à un certain déterminisme, le rôle du juriste est seulement d'observer les phénomènes sociaux, d'expérimenter, en quelque sorte, le milieu social, afin d'avoir une vision strictement objective du droit et, à partir de là, élaborer de véritables lois scientifiques.

La théorie d'Auguste Comte devait, par la suite, influencer grandement une série d'écoles et, en particulier, *l'Ecole sociologique* de **Durkheim**. D'après lui, il existerait nécessairement dans toute société une conscience collective, distincte des consciences individuelles ou, si l'on préfère, un idéal que l'on peut déterminer et qui, une fois dégagé, servira de base à la fois à la morale et au droit. Dans cette perspective, le droit serait simplement l'ensemble des moyens par lesquels le groupement humain se protège contre les troubles qui viendraient menacer sa conservation ou entraver son développement.

Ex. : Il existe, selon Durkheim, une règle de droit qui punit le meurtre, mais, pense-t-il, ce n'est pas cette règle de droit qui est première et qui entraîne la punition des actes portant atteinte à la vie. C'est exactement l'inverse qui s'est produit. A l'origine des sociétés, les premiers hommes n'avaient pas jugé bon d'établir des règles abstraites de droit. Ce n'est que plus tard qu'elles ont été élaborées, lorsqu'il s'est avéré utile pour la société de protéger la vie des personnes la composant.

S'il est excessif de fonder toutes les règles de droit sur un constat préalable sociologique, il n'est pas moins vrai que la sociologie, la « *conscience collective* », influence de nombreuses réformes législatives.

Ex. : toutes grandes réformes du droit de la famille entreprises par le Doyen Carbonnier depuis 1960 ont été précédées d'enquêtes d'opinion poussées au point que le Doyen Carbonnier est considéré comme le père de la sociologie juridique.

Ex. : l'abaissement de l'âge de la majorité en 1974 de 21 à 18 ans.

Ex. : loi sur le PACS, sur le mariage pour tous, sur la PMA.

Ex. : loi 1<sup>er</sup> décembre 2001 relative aux droits du conjoints survivant et enfants adultérins

# Ces doctrines positivistes ne sont pas à l'abri des critiques.



## **B – La critique des doctrines positivistes**

Au-delà des critiques qu'il est permis de formuler à l'égard de telle ou telle doctrine particulière (ex. : irréalisme de la prophétie de l'évanouissement du Droit dans la théorie marxiste), deux reproches généraux peuvent être adressés à ce courant doctrinal.

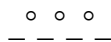
1) Le positivisme apparaît, tout d'abord insuffisant en ce qu'il prétend se borner à l'observation des règles applicables à un moment donné, dans un pays déterminé. Il importe également de s'interroger sur leur valeur. Or, cette appréciation ne peut être menée que par référence à des valeurs supérieures telles que la justice, l'équilibre, l'équité, l'égalité renvoyant, au fond, aux doctrines idéalistes.

2) Cette insuffisance porte en germe un danger. Le positivisme, en refusant toute appréciation de valeur, impose aux individus de se soumettre à l'ensemble des règles formulées par l'Etat, y compris les plus injustes. Il interdit aux juristes de se prononcer sur les orientations du système juridique, il exclut toute critique de leur part à l'égard des lois, même les plus injustes. En bref, le positivisme impose au juriste une véritable démission.

Ex. : il est significatif, à cet égard, de relever l'empressement des régimes totalitaires à adopter les thèses du positivisme étatique ou de l'école historique afin d'imposer, au nom de l'autorité de l'Etat ou du sens de l'Histoire, les lois les plus inhumaines.

**Conclusion.** – Quelle conclusion convient-il de retenir de cette confrontation des doctrines positivistes et idéalistes ? Au-delà d'une opinion personnelle qu'il vous appartient de vous forger, il est probable que la solution la moins mauvaise soit, ici comme souvent ailleurs, dans le compromis, dans l'équilibre.

Le juriste ne saurait se passer d'être positiviste mais ce positivisme doit être tempéré par la recherche d'un idéal. La référence à un idéal impose au juriste d'élaborer, à partir des dispositions du Droit positif, les solutions qui se rapprochent de la conception du Juste qu'il a fait sienne. Ainsi, lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs interprétations, il tentera de faire triompher celle qui lui paraît conforme à l'idéal qui l'anime. Il le fera par le biais de l'argumentation. L'art rejoint alors la science.



# Si les fondements du Droit et les caractères du Droit ont permis d'identifier la règle de Droit, il nous appartient désormais d'étudier la façon dont se regroupent ces règles au sein de ce que l'on appelle le système juridique.



## Leçon 2 – LE SYSTEME JURIDIQUE

Le système juridique peut se définir – approximativement – comme **l'ensemble organisé des règles de droit**.

Cet ensemble et la manière dont il est organisé sont susceptibles de varier à la fois dans l'espace (Section 1) et dans le temps (Section 2). Focalisant notre attention sur le système français, il conviendra d'en préciser la structure (Section 3).

Section 1. – Les grands systèmes juridiques

Section 2. – L'évolution du système juridique français

Section 3. – La structure actuelle du système juridique français

### **Section 1. – Les grands systèmes juridiques**

Le droit étant le produit d'une civilisation donnée, il n'a pas la même apparence ni le même contenu selon les organisations sociales. Il est le fruit d'une culture, d'une mentalité, il dépend des croyances, des aspirations du corps social, de l'idéologie dominante, des structures économiques et des choix politiques. Si bien que la perception du droit varie souvent selon les peuples, les continents.

L'on distingue à cet égard 4 grands systèmes de droit.

§1. Le système romano-germaniques

§2. Le système de *Common law*

§3. Le système socialiste

§4. Les systèmes philosophiques ou religieux

#### **§1. Le système romano-germaniques**

Le système romano-germanique, auquel appartient le droit français ainsi que les droits du continent européen à l'exception des pays socialistes, puise l'essentiel de ses racines dans le droit romain et dans les coutumes germaniques.

Les règles de droit n'y sont certes pas identiques mais elles se fondent sur la même origine si bien que le vocabulaire est le même, les catégories juridiques sont identiques et, surtout, la base du droit réside dans la loi : le premier rôle appartient au législateur.

La source première du droit étant la loi, il est naturel que ces pays aient, pour la plupart, procédé à la codification de leurs lois.

Ces éléments les sépare très nettement des pays dits de "*Common law*".

## **§2. Le système de *Common law***

Cette famille regroupe les pays anglo-saxons, tels que l'Angleterre, l'Irlande, les Etats-Unis, le Canada, à l'exception du Québec dont le droit est de type français, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, plus généralement les dominions anglais.

Le droit anglo-saxon est, pour l'essentiel, progressivement forgé par les décisions judiciaires, les juges étant en principe obligés de statuer dans le sens déjà retenu à l'occasion des affaires précédentes : règle du précédent. La source essentielle du droit, appelé encore la "*Common law*", est non pas la loi, comme dans les pays latino-germaniques, mais la jurisprudence, la loi n'étant là que pour combler les lacunes.

C'est un droit empirique qui repose sur des cas concrets ayant fait l'objet de décisions judiciaires accumulées, interprétées et combinées. Le droit s'est construit sur cette multiplication des cas et leur articulation.

Mais si la technique d'élaboration du droit est différente, les solutions finalement apportées aux problèmes posés sont assez proches de celles retenues dans le système romano-germanique. C'est un droit notamment très attaché aux libertés individuelles.

A l'heure actuelle, même sur le plan de la technique juridique, on assiste de plus en plus à un rapprochement des deux systèmes juridiques, la législation prenant en Angleterre, notamment, une importance croissante, pendant que dans le même temps, en France, la jurisprudence tend à jouer un rôle de premier plan au niveau des sources du droit.

Une observation diamétralement opposée peut être formulée à propos de la comparaison entre la famille romano-germanique et l'ancien système de droit soviétique : les techniques d'élaboration du droit étaient très proches mais les solutions de fond très éloignées.

## **§3. Le système socialiste**

Le système socialiste regroupe, ou du moins regroupait avant l'éclatement de l'URSS, les droits des pays de l'est que l'on disait communistes.

L'idée générale était la socialisation de tous les moyens de production et, en premier lieu, la socialisation du sol. La doctrine marxiste-léniniste sur laquelle ils étaient fondés a aujourd'hui perdu beaucoup de sa vigueur si bien que les spécificités de ce système tendent à s'estomper, non sans résistances ni soubresauts.

## **§4. Les systèmes philosophiques ou religieux**

La famille regroupe les pays dont les droits ont pour trait commun de ne pas séparer nettement le droit de la morale ou de la religion.

Un droit religieux est un droit révélé, donc un droit qui procède de la divinité comme l'est, par exemple, la *charia* dans les états islamiques. Cela ne signifie pas que les autres droits dits laïques ne sont pas influencés par la religion. Mais il existe dans les systèmes laïques une différence de nature entre le droit et la religion alors que les droits religieux font de la religion un droit.

Ces systèmes religieux ou philosophiques comprennent notamment les pays de droit islamique ou des pays de droit hindou.

- Le droit islamique, essentiellement théologique, repose sur trois sources : d'abord le **Coran**, c'est-à-dire la parole de Dieu, qui a été établi après le décès de Mahomet en 632 ; ensuite la **Sunna**, c'est-à-dire la tradition fondée sur la conduite et les dires (*hadith*) du prophète ; enfin les solutions dégagées par les docteurs avec le consentement de la Communauté islamique, écoles juridiques à l'origine de la division de l'Islam en plusieurs courants. Ce droit, compte tenu de ses sources, évolue très peu. Mais de nos jours, le droit islamique régit surtout le droit des personnes et le droit de la famille. Pour le reste, les pays musulmans tendent à se doter de législations modernes, dont beaucoup sont inspirées des droits occidentaux.

- Le droit hindou est un droit essentiellement coutumier qui repose sur les vérités révélées de la religion brahmanique. Il est conservé dans des textes, dans des recueils de préceptes que l'on s'accorde à admettre comme divins ou semi-divins, mais ces préceptes, à la différence de ceux de l'Islam, continuent à évoluer. Comme dans les pays islamiques, il existe, notamment en Inde, à côté de ce droit d'inspiration religieuse, une législation écrite importante de type moderne.

## **Section 2. – L'évolution du système juridique français**

*Ubi societas, ibi jus*. L'adage latin exprime une vérité incontestée : pas de société sans droit... même dans les sociétés les plus archaïques.

L'écriture est apparue il y a environ 5000 ans en Mésopotamie (actuels Irak et Syrie). On dit que les civilisations antiques du Moyen-Orient auraient inventé le Droit sous sa forme écrite. Ces civilisations gravaient en effet leurs lois sur des stèles de pierre exposées dans les lieux publics afin que tout le monde puisse en prendre connaissance. Le meilleur témoignage est le **Code d'Hammourabi**, vaste compilation de lois ordonnées par le roi de Babylone vers 1750 avant J.-C., actuellement exposée au musée du Louvre.

Mais ce sont les civilisations grecques et romaines qui sont à l'origine de notre droit moderne.

S'agissant du Gouvernement de l'Etat et des relations entre l'Etat et les citoyens, Grecs et Romains ont connu des régimes relativement proches. Ils ont donc élaboré, par la politique, un droit public assez évolué et assez proche l'un de l'autre à travers les institutions mises en place.

Pour autant, Grecs et Romains n'ont pas eu la même influence. On a pu dire que les Grecs formaient une civilisation de philosophes alors que les Romains, plus pragmatiques, plus attachés aux réalités concrètes, formaient un peuple de juristes. Cette différence ressort

clairement lorsque l'on se penche sur l'origine du droit privé. La supériorité revient incontestablement aux Romains qui surent mettre en place des solutions techniques d'une grande qualité fondées sur une réflexion théorique d'ensemble.

Ex. : La distinction du monde entre les personnes (*personae*) et les choses (*res*).

Aussi le droit romain est-il resté un modèle et la source incontestée du droit privé des pays du continent européen appartenant au système romano-germanique.

Il a été connu et diffusé grâce au **Corpus juris civilis** de l'empereur **Justinien** (vers 533, au VI<sup>e</sup> siècle) qui est recueil du droit romain composé de quatre ouvrages :

- Le **Digeste** (du latin *digero* : mettre en ordre) qui est une compilation de commentaires doctrinaux ;
- Les **Institutes**, espèce de manuel pour étudiant exposant de manière abrégée et synthétique la plupart des questions de droit privé ;
- Le **Code** ou **codex** qui est un recueil des constitutions impériales antérieures à Justinien ;
- Les **Novelles** qui complètent le Code avec les constitutions promulguées par Justinien jusqu'à sa mort en 565.

A partir de l'effondrement de l'Empire Romain, le droit privé a évolué en plusieurs périodes que l'on schématiquement diviser en quatre : l'Ancien Droit, le droit intermédiaire, la codification napoléonienne, l'évolution postérieure.

- §1. L'Ancien Droit
- §2. Le droit intermédiaire (Révolution)
- §3. La codification napoléonienne
- §4. L'évolution postérieure

## **§1. L'Ancien Droit**

Si le droit romain avait presque complètement réalisé une unité du droit au sein de l'Empire (sauf, peut-être, dans un village peuplé d'irrésistibles gaulois...), les invasions barbares ont brisé cette unité.

Aussi la diversité (A) caractérise-t-elle l'Ancien Droit, malgré de nombreuses tentatives d'unification (B).

### **A- Diversité**

Chaque peuple venu s'installer apporta ses propres coutumes et y resta soumis : droit romain pour les gallo-romains, loi wisigothique pour les wisigoths, loi burgonde pour les burgonds, etc.

Ce système, dit de la **personnalité des lois**, n'a pas pu survivre longtemps compte tenu de ses difficultés d'application entre deux parties n'appartenant pas à la même race : par exemple, un burgonde contre un wisigoth, quel juge saisir ?, quelle loi appliquer ?...

Ce système fut peu à peu remplacé par celui de la **territorialité des lois** : tout individu, quelle que soit son origine, est soumis à la règle du lieu où il est jugé. Ce système, assurément plus simple, conduira à un émiettement des règles juridiques, reflet du système féodal morcelé entre les divers seigneurs locaux. Chaque région, chaque territoire, avait ses règles propres.

Dès la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle, la France fut divisée en deux grands systèmes juridiques :

- dans la moitié sud de la France (Pays d'Oc), d'un droit écrit hérité du droit romain ;
- dans la moitié Nord de la France (Pays d'Oil), d'un droit coutumier davantage inspiré du Droit germanique. On estime qu'il existait environ 60 coutumes générales, au ressort d'application étendu (Bretagne...) et plus de 700 coutumes locales.

A partir de la **Renaissance** (XV<sup>e</sup> siècle), la diversité du droit médiéval est atténuée sous l'influence de plusieurs facteurs.

## **B- Facteurs d'unification**

1) Le premier tient à la **renaissance du Droit romain**, sous l'influence de deux courants, les glossateurs au XIII<sup>e</sup> siècle (par exemple, Accurse) puis les post-glossateurs au XIV<sup>e</sup> siècle (par exemple, Bartole), d'abord en Italie du Nord, à Bologne notamment, puis dans les Universités du sud de la France, comme Montpellier.

Déjà modèle de référence dans les Pays de droit écrit, le Droit romain est peu à peu étudié partout en Europe occidentale, même dans les pays de coutume où il exerce une influence déterminante, surtout en droit des contrats et des obligations. S'est ainsi progressivement constitué un fond juridique commun à toute la civilisation occidentale : un *jus commune*.

Un certain nombre de juristes vont alors entreprendre de retrouver, à partir du *Corpus juris civilis*, le droit romain originel. Ainsi naquit la science juridique historique dont **Cujas** (1522-1590) fut le plus illustre représentant : "*le grand Cujas*", disaient les professeurs des 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles.

Mais le Droit romain se heurte à des résistances. Il constitue un droit savant, écrit en latin, réservé à une élite. Se crée alors une rupture entre ce droit savant et la pratique encore largement gouvernée par les coutumes.

2) Un effort **d'unification des règles coutumières** s'est développé dans les pays de droit coutumier. Au XV<sup>e</sup> siècle, le roi Charles VII prescrit par l'Ordonnance de Montils-lès-Tours (1453) la rédaction officielle des coutumes de tous les pays de France. De fait cette œuvre ne sera réalisée qu'au XVI<sup>e</sup> siècle, après d'autres interventions royales : coutume de Paris, de Bourgoigne, de Bretagne, de Normandie, d'Orléans...

Cette rédaction des coutumes eut une importance considérable :

- D'une part, elle transformait un droit coutumier en un droit "**écrit**", en lois.

- D'autre part, elle allait inviter un certain nombre de juristes à remédier aux insuffisances, aux lacunes et aux contradictions des coutumes en les comparant et en recherchant, au-delà de leurs divergences, un **droit commun** coutumier inspiré de la logique, de l'équité et... du Droit romain.

Cette œuvre doctrinale unificatrice allait préparer l'unité du droit français. Parmi les plus grands noms : **Dumoulin** (1500-1566), au XVI<sup>e</sup> siècle **Domat** (1625 et 1696) et au XVII<sup>e</sup> siècle **Pothier** (1699-1772) dont les travaux inspireront considérablement les rédacteurs du Code civil.

3) Autre facteur d'unification, le **Droit canonique**, droit de l'Eglise catholique reconnue comme religion d'Etat, eut une influence notable sur certaines questions de droit civil, spécialement le **mariage** qu'il régissait complètement jusqu'à la Révolution. Dans les domaines relevant ainsi de la compétence du Droit canonique, l'unification des règles étaient totale non seulement en France mais dans tous les pays catholiques.

4) A ces facteurs d'unité, il faut encore en ajouter deux :

- Des unifications **locales** par l'action de la **jurisprudence des Parlements**, spécialement du Parlement de Paris. Les Parlements de l'Ancien Régime qui étaient des Cours de justice souveraines exerçant leur autorité sur un territoire correspondant approximativement à une région : parlements de Paris, de Bretagne... Ces Parlements rendaient des arrêts qui n'étaient pas applicables seulement à un cas déterminé, mais établissaient une règle qui, par la suite, devait être appliquée à tous les cas analogues : ce sont les arrêts de réglemens, c'est-à-dire les décisions qui posent une solution générale devant s'appliquer pour l'avenir à tous les litiges semblables.

En procédant ainsi, ces arrêts contribuaient à une certaine unification du droit coutumier en fixant la coutume régionale.

- A ces unifications locales s'est ajoutée la volonté du **Pouvoir royal** d'asseoir son autorité à partir du XIV<sup>e</sup> siècle. Ce renforcement du pouvoir royal s'est traduit par des **ordonnances royales** destinées à régir tout le territoire du royaume (sous réserve d'avoir été enregistrées par les Parlements pour être applicables dans leur ressort, *cf. infra*).

La première œuvre d'importance date du XVII<sup>e</sup> siècle et est due à l'initiative de **Colbert** : ordonnance de 1667 sur la procédure civile, de 1670 sur la procédure pénale, de 1673 sur le commerce terrestre, de 1681 sur la marine.

Il faudra ensuite attendre les ordonnances du Chancelier **d'Aguesseau** relatives aux donations en 1731, aux testaments en 1735, aux substitutions en 1747, pour retrouver une œuvre d'une telle ampleur.

Malgré tous ces efforts d'unification, la situation demeure encore complexe à la fin de l'Ancien Régime. Ainsi, une personne peut-elle être soumise au droit canonique pour son mariage, à une coutume pour son régime matrimonial, aux ordonnances royales pour les donations et testaments qu'elle souhaite consentir, au droit romain pour certaines opérations contractuelles qu'elle réalise.

## **§2. Le droit intermédiaire (Révolution)**

Le droit intermédiaire désigne le droit élaboré entre le 17 juin 1789, date à laquelle les Etats généraux se sont transformés en Assemblée constituante, et le 21 mars 1804, date de promulgation du Code civil.

Ce qui caractérise le droit de cette période révolutionnaire, intermédiaire entre l'Ancien Régime et le Droit moderne, c'est son opposition totale aux principes de l'Ancien Droit. La volonté du législateur révolutionnaire fut de détruire l'ordre ancien détesté et de construire un ordre nouveau fondé sur de nouvelles bases. Celles-ci reposaient essentiellement sur la primauté de l'individu (A) et celle de la loi (B).

### **A- Primauté de l'individu**

Cette primauté est placée sous le double signe de la **liberté** et de l'**égalité**, conformément aux principes proclamés dans la Déclaration des droits de l'homme, eux-mêmes inspirés de la philosophie des Lumières.

- La liberté proclamée s'exerce tout d'abord dans le domaine **économique**. La **loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791** supprime les corporations qui enfermaient auparavant les particuliers exerçant une activité professionnelle déterminée dans une organisation rigide réglementant notamment l'accès à la profession, les prix, les conditions de travail...

En même temps qu'est ainsi affirmée la liberté du commerce et de l'industrie, est proclamée la liberté de contracter qui en constitue le corollaire.

Dans le prolongement de la liberté, est affirmé le caractère fondamental du droit de propriété, en tant que droit de l'homme.

- La liberté est également reconnue dans le domaine **familial** : l'autorité maritale et la puissance paternelle sont réduites, le divorce est autorisé.

Si la **suppression des privilèges**, la nuit du 4 août, constitue l'expression la plus éclatante de l'égalité reconnue, il est d'autres manifestations qui ne sauraient être négligées.

- Suppression du privilège de primogéniture et de masculinité (droit d'aînesse) en droit des successions ;

- Assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes.

### **B- Primauté de la loi**

L'activité législative fut intense durant la période révolutionnaire où la loi fut considérée, en raison de sa rapidité d'élaboration, comme le meilleur moyen d'assurer la métamorphose du tissu social. Sa primauté sur les autres sources de droit, en particulier les coutumes et la jurisprudence, fut affirmée.

La primauté de la loi s'est également manifestée à l'égard des conceptions religieuses, en particulier par la **sécularisation du mariage** : autrefois sacrement religieux, le mariage devient en 1791 un contrat civil. Au nom de la liberté, le divorce – inconcevable en droit canonique – est admis (*cf. supra*).

### **§3. La codification napoléonienne**

L'idée de procéder à la rédaction d'un Code civil rassemblant les principales dispositions de droit civil applicables en France avait été émise dès 1790 par l'Assemblée constituante. Mais l'instabilité politique de cette époque troublée était peu propice à la réalisation d'une œuvre unificatrice. Trois projets furent ainsi déposés par **Cambacérès** (1793, 1794 et 1796) et un autre par **Jacqueminot** (1799). Aucun n'aboutit.

Il faudra attendre l'énergie et la persévérance de Bonaparte pour voir le projet aboutir.

Comment fut-il élaboré (A) ? Quel est son esprit (B) ?

#### **A- L'élaboration du Code civil**

Bonaparte, Premier consul, charge le 13 août 1800, une commission composée de quatre juristes de préparer un projet de Code civil.

- **Tronchet**, président du Tribunal de cassation, ancien avocat au Parlement de Paris et l'un des défenseurs de Louis XVI au moment de son procès ;
- **Bigot Préameneu**, Procureur Général près la Cour de Cassation, d'origine bretonne, ancien avocat lui aussi au Parlement de Paris ;
- **Maleville**, ancien avocat au Parlement de Bordeaux, magistrat au Tribunal de Cassation ;
- **Portalis**, d'origine provençale, ancien avocat au Parlement d'Aix, entré en politique après la tourmente conventionnelle, ancien président du Conseil des Anciens et de tendance janséniste (1).

Les deux premiers, Tronchet et Bigot Préameneu, sont des praticiens de droit coutumier, tandis que Maleville et Portalis sont imprégnés de droit romain. Tous étaient politiquement modérés, étrangers aux excès de la Révolution.

Le projet fut prêt dans un délai de **quatre mois**. Il devait ensuite être discuté au **Conseil d'Etat**, lequel était présidé tantôt par **Cambacérès**, tantôt par **Bonaparte** lui-même qui tenait, sur certaines questions (adoption, divorce...), à prendre une part active aux séances.

---

1 Jansenius, à l'origine du jansénisme, estimait que tout individu peut pratiquer le bien sans la grâce de Dieu, mais que son salut ou sa damnation ne dépend que de Dieu. Il affirmait de plus que seuls quelques élus seraient sauvés. À cet égard, sa doctrine s'apparente au calvinisme, de sorte que Jansenius et ses disciples furent-ils très vite accusés d'être des protestants déguisés. Cependant, les jansénistes ont toujours proclamé leur adhésion au catholicisme romain et soutenu qu'aucun salut n'est possible hors de l'Église catholique.



Après l'établissement du projet définitif par le Conseil d'Etat, il restait à le faire adopter par les assemblées législatives mises en place par la Constitution de l'an VIII : le Tribunal où les projets de loi étaient discutés et le Corps législatif, "corps de muet" qui votait sans débat, pour ou contre, et sans droit d'amendement.

Le futur Code civil fut divisé en 36 projets de loi correspondant chacun à un titre. Dès l'examen du premier projet, ce fut un échec. Le Tribunal comprenait bon nombre de révolutionnaires opposés à Bonaparte qui critiquèrent le texte avec virulence. Le Corps législatif suivit l'avis du Tribunal en rejetant le texte proposé.

Pour faire aboutir son projet, Bonaparte réforma la Constitution en épurant le Tribunal des opposants les plus virulents et en modifiant quelque peu la procédure. Grâce à cette réforme, les 36 lois furent successivement votées entre 1803 et 1804 et, par la loi du **21 mars 1804**, elles furent réunies en un corps unique, le "**Code civil des français**".

Il est devenu le "**Code Napoléon**" sous le Premier Empire, puis de nouveau "**Code civil des français**" avec la Restauration, enfin à nouveau "**Code Napoléon**" sous le Second Empire, qui est resté sa dénomination officielle. Mais il est d'usage, aujourd'hui, de parler du Code civil et de ne réserver l'expression de "**Code Napoléon**" qu'à la version originale.

La même loi, en son article 7, devait aussi abroger toutes les dispositions de l'Ancien Droit : *"à compter du jour où ces lois sont obligatoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code"*.

## **B- L'esprit du Code civil**

De manière générale, le Code civil est une **oeuvre de transaction**. Il réussit, tout d'abord, en donnant à la France un droit civil unique et uniforme, à *concilier les règles de droit des Pays de coutumes et celles des pays de droit écrit*. Il réussit aussi à *concilier les traditions de l'ancien droit et les idées de la Révolution*. Les rédacteurs du Code ont, en effet, puisé la matière juridique dans l'ancien régime, combinant entre eux le droit romain des pays de droit écrit, le droit coutumier des pays de coutume, les ordonnances royales, le droit canonique même. Mais, si la matière première restait ancienne, l'esprit était nouveau. C'était l'esprit de la Révolution.

**\* Sur le plan technique**, le Code civil se veut une œuvre **pratique**.

- Ses rédacteurs se sont interdits d'y exprimer formellement des **principes philosophiques**. Ainsi fut écarté le projet d'un article premier dans lequel aurait été affirmée la prééminence d'un "droit naturel et immuable, source de toutes les lois positives".

- La volonté de faire une œuvre pratique interdisait également aux rédacteurs de descendre dans le **détail de la réglementation**. Le Code a vocation à poser des règles générales, en abandonnant aux juges le soin de trancher les difficultés quotidiennes. Dans son *Discours préliminaire*, **Portalis** explique que *"l'office des lois est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière"*.

**\* Sur le plan idéologique**, le Code civil se veut une œuvre de **liberté** et **d'autorité**.

- **Œuvre de liberté** sur le terrain des **relations économiques**. Est affirmé un individualisme libéral qui conduit, par exemple, à poser le principe de la liberté contractuelle, à disposer que "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*" (art. 1134 C. civ.) ou encore à proclamer le caractère absolu du droit de propriété (art. 544 C. civ.).

Sont en revanche négligés les intérêts collectifs : les associations, les sociétés, les relations de travail, etc.

- **Œuvre d'autorité** sur le terrain des relations familiales. Sous l'influence de Bonaparte, est vigoureusement affirmée l'autorité du mari sur son épouse (emportant notamment incapacité de la femme mariée) et du père sur ses enfants.

#### **§4. L'évolution postérieure**

La promulgation du Code civil marque une étape fondamentale dans la construction et l'évolution du droit, tant en France qu'à l'étranger comme en témoigne le nombre de législations étrangères qui s'en inspirèrent.

Captif à Sainte-Hélène, Napoléon le présentait lorsqu'il dit à Montholon qui l'avait suivi : "*Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires ; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil*" (*Récit de la captivité de Napoléon*, 1849).

Il est vrai que les autres codes promulgués sous le Premier Empire ne connaîtront pas le même rayonnement : le code de procédure civile de 1806, le code de commerce en 1807, le code pénal en 1810, le code d'instruction criminelle en 1812.

La destinée du Code Civil, de sa promulgation à nos jours, peut être scindée en trois phases : de 1804 à 1880, de 1880 à 1945 et de 1945 à nos jours.

A- Période de 1804 à 1880

B- Période de 1880 à 1945

C- Période de 1945 à nos jours

#### **A- Période de 1804 à 1880**

Pendant cette première période que l'on pourrait qualifier de **période d'apogée et d'immobilisme du Code Civil**, celui-ci fut l'objet d'une admiration sans limites, d'un respect quasi-religieux, d'une fascination de la part de tous :

- non seulement des **différents régimes politiques** qui se sont succédés et qui ont laissé intact son contenu – lequel, imprégné de libéralisme, correspondait à la mentalité dominante de l'époque – à quelques exceptions près (ex. : abolition du divorce en 1816 ; abolition de la mort civile en 1854) : l'ensemble des journaux officiels publiés entre 1804 et 1850 contient moins de lois qu'il n'en est aujourd'hui publié en une seule année !

- mais également de ses **interprètes**, groupés dans l'Ecole dite **de l'exégèse**, qui ont voué au Code civil un culte immodéré au point que **Demolombe**, surnommé le Prince de l'Exégèse, n'enseignait pas le droit civil mais dispensait un "**cours de Code Napoléon**". Pour lui et tous ceux relevant de ce courant d'interprétation, toute difficulté doit pouvoir être tranchée en se référant à la lettre de la loi et, à défaut, à l'intention du législateur : "**toute la loi mais rien que la loi**", telle était la devise des professeurs de Code Napoléon.

Durant cette période, le rayonnement du Code civil à l'étranger est immense. Non seulement il pénétra dans les pays d'Europe continentale mais également dans les pays musulmans et d'Amérique latine. Son rayonnement fut double :

- Tantôt le Code Civil fut **imposé autoritairement** en tant que loi de l'Empire, certains pays l'écartant à la disparition de l'Empire français, tout en en restant fortement imprégnés, d'autres le conservant purement et simplement. Tel est le cas notamment de la Belgique et du Luxembourg, où il est encore applicable aujourd'hui, des pays Rhénans qui l'ont conservé jusqu'en 1900 (date de promulgation du BGB), de la Suisse Romande, jusqu'en 1907, ou encore de la Pologne jusqu'en 1913.

- Tantôt le Code Civil **inspira de multiples codifications étrangères** de façon plus ou moins importante. Tel est le cas notamment en Europe du Code néerlandais (1865), roumain (1865), italien (1865), portugais (1867), espagnol (1889)...; dans les pays d'Amérique latine, Code du Chili, du Venezuela, de la République d'Argentine. Le Code Civil français inspira aussi la législation du Québec et de la Louisiane.

## **B- Période de 1880 à 1945**

Les années 1880 marquent un tournant dans l'évolution de la société française : un nouveau régime politique s'affirme, une nouvelle classe politique accède au pouvoir mettant fin à la domination jusqu'alors exercée, à peu près sans partage, par la grande bourgeoisie.

Le Code civil, sur certains points, a vieilli. Correspondant à l'état d'esprit et aux préoccupations de la France rurale du début du siècle, il s'est révélé inadapté à la France issue de la Révolution industrielle à quatre points de vue au moins.

1) Le Code civil ne consacrait que deux articles au **contrat de travail** dont l'un pour reconnaître la primauté de la parole de l'employeur sur celle de l'ouvrier en cas de contestation sur le montant du salaire.

2) Le Code civil, au mieux ignorait, au pire se méfiait des **groupements** tels que les associations, les sociétés commerciales, les syndicats... pourtant indispensables au développement de l'ère industrielle.

3) Le Code civil reconnaissait implicitement la suprématie de la **fortune immobilière** sur les biens mobiliers, de la terre sur tout le reste : *res mobilis, res vilis*. Or, la composition des patrimoines s'est peu à peu transformée, accordant une part de plus en plus grande aux biens meubles, spécialement incorporels : actions, obligations, brevets...

4) Les **rapports de famille** organisés sur un mode autoritaire et patriarcal ne correspondaient plus à l'état des mœurs.

De nombreuses réformes vont ainsi voir le jour :

- **En droit de la famille**, le **divorce**, supprimé en 1816, est rétabli par la loi Naquet du 27 juillet 1884 mais sous des conditions strictes.

- La **puissance paternelle** qui autorisait l'exercice par le père d'un pouvoir à peu près absolu sur ses enfants fait l'objet d'un contrôle à partir de 1884.

- Le sort des **enfants naturels**, autrefois rejetés dans le néant juridique, s'améliore avec une loi de 1912 qui autorise, à certaines conditions, une action en recherche de paternité naturelle.

- La **femme mariée** a été partiellement libérée de l'autorité de son mari : son incapacité juridique est notamment progressivement supprimée jusqu'en 1942.

- **Des groupements** vont être admis à se constituer régulièrement : la liberté syndicale est proclamée en 1884, la liberté d'association en 1901, une grande loi sur les sociétés commerciales est adoptée le 24 juillet 1867 qui autorise notamment les sociétés anonymes à se constituer sans autorisation gouvernementale...

Parallèlement, un **droit du travail** – appelé *droit ouvrier* – s'élabore rapidement. Le 9 avril 1898, une loi impose à l'employeur de garantir le salarié contre le risque d'accident du travail, en 1936 est adoptée la semaine de congés payés et la limitation du temps de travail à 40h par semaine...

- L'individualisme libéral du Code civil s'évanouit peu à peu au profit de ce qu'on a appelé la "**socialisation**" du droit. Les notions de liberté individuelle et de libéralisme économique vont s'effacer derrière la notion d'égalité, destinée à protéger les faibles, et derrière l'intervention étatique, de plus en plus marquée. Témoignent de cette évolution :

- La multiplication des **atteintes au droit de propriété** qui perd son caractère absolu ; d'où la réapparition de formes de propriétés d'allure collective, en droit rural notamment, avec le fermage et le métayage ;

- Les restrictions apportées à la **liberté des conventions** par le développement de ce que l'on appelle l'ordre public ;

- La transformation du droit de la **responsabilité civile** et la multiplication des cas dans lesquels la responsabilité d'une personne va pouvoir être engagée, pour faute prouvée, faute présumée (*cf.* accidents du travail) ou même sans faute (*ex.* : responsabilité du fait des choses, not. accidents de la circulation) dans le but de favoriser l'indemnisation des victimes. Accompagnant (favorisant ?) cette évolution, la phénomène de l'assurance assure la "collectivisation" du risque et rend supportable ce développement des cas de responsabilité civile sans faute prouvée.

Cette crise du Code civil se prolonge dans le **déclin de l'Ecole de l'Exégèse** et le développement d'autres méthodes d'interprétation. Le culte de la loi ne doit pas être poussé à l'excès. La loi ne saurait prévoir l'ensemble des difficultés qu'elle pourrait être appelée à régir. Par conséquent, l'analyse littérale ou la recherche de l'intention du législateur risque d'être

purement divinatoire. Par ailleurs, l'exégèse risque de figer le droit et d'empêcher son interprétation évolutive par les tribunaux.

Aussi certains auteurs tels que **Gény** ont-ils proposé de rechercher librement la solution adéquate. Cette méthode dite de la **libre recherche scientifique** autorise l'interprète à rechercher la meilleure solution en se fondant sur les données sociales, économiques et morales du moment, c'est-à-dire sur l'histoire, la sociologie, l'économie ou encore l'équité.

La jurisprudence a souvent retenu cette méthode d'interprétation au cours de cette période n'hésitant pas à découvrir des principes nouveaux en dehors de tout fondement textuel (Ex. : l'enrichissement sans cause en 1892, la théorie de l'abus de droit en 1915) ou à interpréter des textes dans un sens que leurs rédacteurs n'avaient pas pu imaginer (Ex. : art 1384 C. civ. et la responsabilité du fait des choses appliquée aux accidents de la circulation)

**A l'étranger**, l'influence du Code civil régressa à partir de 1900, même si certains pays s'en inspirèrent (Ex. : Liban en 1930) sous l'influence conjuguée de plusieurs phénomènes.

Une première raison tient au fait que **le Code Civil perdit son monopole**. Dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, d'autres codifications virent le jour et eurent un rayonnement également très grand. Tel est le cas des deux codes suisses, le Code fédéral des obligations (1881) et le Code Civil (1907), ainsi que du Code Civil allemand (le B.G.B.) entré en vigueur en 1900. Les deux premiers ont notamment servi de modèle à la Turquie. Le troisième a, entre autres, inspiré le Japon, la Grèce (1940) et, en Amérique latine, le Brésil (1916), le Mexique, le Pérou.

Une deuxième raison du déclin du Code Civil tient à la Révolution d'Octobre 1917 et à **l'influence du droit soviétique** sur celui des autres Républiques populaires. C'est ainsi que le Code Civil polonais et le Code Civil roumain, tous deux d'influence française, furent remplacés par un nouveau code d'inspiration soviétique.

## **C- Période de 1945 à nos jours**

Cette période est marquée par la volonté d'une **refonte du Code Civil**.

Un premier essai ambitieux fut l'œuvre de la **Commission de Révision** instituée en 1945 par le gouvernement provisoire de la République Française.

Cette commission de douze membres composée, en nombre égal, de professeurs de droit, de conseillers d'Etat, de magistrats et de praticiens, fut chargée d'élaborer un projet de réforme du Code Civil.

Chargée de proposer une refonte du Code civil, son travail, mené en moins de dix ans, fut énorme puisque dès 1953, elle présenta au Gouvernement un avant-projet de nouveau Code Civil comprenant un livre préliminaire plus étoffé et un livre Ier consacré aux personnes et à la famille. Cet avant-projet ne fut jamais voté par le Parlement.

Les raisons de cet échec tiennent sans doute à son caractère incomplet et à son absence d'innovation. Il n'était, en quelque sorte, qu'une mise à jour du droit civil, intégrant dans le nouveau code les lois éparses ou les décisions de la jurisprudence.

**Le renouveau du Code civil** a consisté en une refonte successive, matière par matière, de pans entiers du droit civil à partir des années 1960. Le succès de ces réformes tient à leur

incorporation dans la structure existante du Code civil, à leur qualité et à leur unité d'inspiration puisqu'elles sont pour l'essentiel l'œuvre d'un seul homme : le Doyen Carbonnier.

- Loi du 14 décembre 1964 réformant l'incapacité des mineurs
- Loi du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 sur les régimes matrimoniaux
- Loi du 3 janvier 1968 sur la protection des incapables majeurs
- Loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale
- Loi du 3 janvier 1972 sur l'égalité des filiations
- Loi du 11 juillet 1975 sur le divorce
- Loi du 28 décembre 1977 sur l'absence...

L'ensemble de ces réformes a assuré une "*révolution tranquille du droit civil contemporain*" (G. Cornu), spécialement du droit des personnes et de la famille.

**En droit de la famille**, un projet de réforme d'ensemble fut remis à l'ouvrage à la fin des années 1990 s. Le Gouvernement a beaucoup consulté, sociologues, juristes en particulier. Des rapports ont été remis au Ministère suggérant une réforme d'ensemble, dont le plus important est le rapport du Pr. Françoise Dekeuwer-Défossez.

Depuis, la grande réforme n'a pas eu lieu mais elle se construit par des lois successives :

- La loi du 30 juin 2000 a réformé le droit de la prestation compensatoire
- La loi du 3 décembre 2001 a supprimé la discrimination successorale touchant les enfants adultérins et amélioré le statut du conjoint survivant
- Deux lois du 4 mars 2002 ont modifié les règles relatives au nom de famille et celles relatives à l'autorité parentale.
- Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et permettant aux couples homosexuels d'adopter.
- Loi du 16 novembre 2016 admettant le divorce par consentement mutuel « déjudiciarisé ».

Le droit contemporain de la famille se caractérise par deux éléments : **l'égalité** (des époux, égalité des enfants, égalité des filiations...) et le **pluralisme** (recul de l'ordre public familial, promotion des libertés individuelles et, finalement, "*à chacun sa famille, à chacun son droit*" selon la formule éclairante du Doyen Carbonnier).

Le destin des **autres codes napoléoniens** fut moins glorieux. Ils ont tous été entièrement refaits :

- le code d'instruction criminelle de 1812 est remplacé par le code de procédure pénale en 1959.
- le code de procédure civile de 1806 remplacé par le NCPC en 1975.
- le code pénal en 1810 est remplacé par un nouveau en 1992.
- le code de commerce de 1807, dont il ne restait plus que des lambeaux, vient d'être remplacé par un nouveau le 18 septembre 2000.

La plupart de ces nouveaux codes, et bien d'autres encore plus ou moins récents (code du travail, de la sécurité sociale, de la construction et de l'habitation, de l'urbanisme, rural et forestier, des sociétés, de la santé publique, de l'action sociale, de la famille et de l'aide sociale, du sport, de l'environnement, électoral, des baux et de la copropriété, administratif, des

assurances, général des impôts, de procédure fiscale, de l'éducation, monétaire et financier, etc.) sont conçus selon un même modèle :

- Sur le **fond**, ils se bornent à réaliser une **codification à droit constant** en ce qu'ils se limitent à regrouper en un corps cohérent des textes déjà existants sans les modifier. Ce sont des sortes de compilations dont le but est de clarifier... Ils n'y parviennent pas toujours. Après l'inflation des lois, l'inflation des codes !

- Sur la **forme**, les règles qu'ils contiennent sont réparties en fonction de leurs sources : **L.** pour les textes législatifs, **R.** pour les décrets pris en Conseil d'Etat (*cf. infra*), **D.** pour les décrets simples, **A.** pour les arrêtés.

Seul demeure, dans sa structure originale, le Code civil même si certaines matières ont fait l'objet de réforme récente. Par exemple le droit des contrats, de la preuve et du régime de l'obligation (loi du 10 février 2016 et 20 avril 2018).

Le défi qu'il doit désormais relever tient à l'**éclatement du droit** sous l'influence d'un mouvement apparu dans les années 1970 dont l'idéologie repose sur la protection du prétendu faible contre le prétendu fort : locataire contre bailleur, consommateur contre professionnel, victime d'un dommage contre l'auteur de ce dommage...

La multiplication des lois protectrices de ces intérêts particuliers ruine l'unité du droit civil :

- Un contrat de **bail d'habitation** obéit aujourd'hui aux règles du Code civil mais aussi à la loi de 1948, 1986 ou 1989...

- Tout contrat conclu par un **consommateur** avec un professionnel relève du droit commun des contrats mais aussi du droit spécial très réglementé du code de la consommation.

- Le droit de la **responsabilité civile** est aujourd'hui régi par les règles du Code civil interprétées à la lumière de la jurisprudence mais aussi par une kyrielle de lois qui s'y superposent : loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, loi du 19 mai 1998 sur les produits défectueux... Un projet de réforme d'ensemble du droit de la responsabilité existe et est actuellement en discussion.

A cette diversification des sources du droit civil s'ajoute le **droit de l'Union européenne** (anciennement appelé droit communautaire) dont l'influence se fait de plus en plus ressentir. Après avoir réglementé la protection du consommateur, le droit applicable à de nombreux contrats commerciaux (concession, franchise...), la Commission européenne veut imposer un droit uniforme en matière de contrat et de responsabilité civile, peut-être même demain en droit de la famille, ignorant ainsi que le droit repose avant tout sur une **culture**, une **histoire**, que les conceptions de la famille ne sont pas les mêmes à Amsterdam qu'à Madrid, Rome ou Athènes, que le droit des contrats est fondamentalement différents entre les pays de *Common law* et ceux de tradition romaine.

Souvenons-nous de cette phrase de **Portalès** : "*Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*".

### **Section 3. – La structure du système juridique français**

Les règles de droit, une fois élaborées, ne sont pas énumérées de façon anarchique mais au contraire regroupées en fonction d'un certain nombre de critères. Ainsi distingue-t-on plusieurs **branches** du droit (civil, commercial etc.) qui constituent autant de **divisions du droit** objectif et contribuent à la complexité du système juridique. C'est ce que l'on appelle **l'ordonnement juridique**.

Au sein de l'ordonnement juridique, deux sous-ensembles doivent être distingués, l'un regroupant les règles de droit privé, l'autre celles de droit public. Mais cette distinction ancienne et traditionnelle apparaît souvent insuffisante à classer certaines branches du Droit telles que le droit pénal ou le droit du travail. Aussi convient-il d'étudier le principe de cette distinction (§1) avant d'en mesurer la portée relative (§2).

#### **§1. – Le principe de la distinction Droit public/Droit privé**

Si la distinction présente des intérêts indéniables (A), encore faut-il découvrir le critère permettant de l'effectuer (B).

##### **A- L'intérêt de la distinction Droit public/Droit privé**

Trois intérêts, au moins, méritent d'être relevés.

1) L'administration bénéficie du **privilège d'exécution d'office** : elle peut faire exécuter ses décisions à l'encontre des particuliers sans autorisation judiciaire préalable. Il appartient à l'administré mécontent de saisir ultérieurement les tribunaux. Le contrôle des droits de l'administration s'opère donc après leur mise à exécution. Il s'agit d'un contrôle *a posteriori*.

Au contraire, en Droit privé, les particuliers ne disposent pas de telles prérogatives : en cas de contestation sur leurs droits, ils ne pourront obtenir l'exécution forcée qu'après une décision judiciaire. Le contrôle s'établit *a priori*.

2) Les contrats conclus par l'Administration obéissent à des règles inconnues du Droit privé. Ainsi l'Administration peut-elle infliger elle-même des **sanctions** à son cocontractant s'il se montre défaillant ou modifier unilatéralement les dispositions du contrat (sous réserve d'indemniser son partenaire).

3) Les tribunaux compétents pour juger des affaires de Droit public sont les **juridictions administratives** (tribunal administratif, Cour administrative d'appel, Conseil d'Etat). Au contraire, les tribunaux compétents sur les affaires de Droit privé sont les **juridictions judiciaires** (Tribunal judiciaire, Cour d'appel, C. cass.)

##### **B- Le critère de la distinction Droit public/Droit privé**



Deux principaux critères méritent d'être examinés.

1) Le premier critère tient à la **finalité** des règles de droit.

– Le **Droit public** est l'ensemble des règles régissant l'organisation de l'Etat et des collectivités publiques, ainsi que leurs rapports avec les individus. Son objectif est de faire prévaloir **l'intérêt public** sur les intérêts particuliers propres à chaque individu.

– Le **Droit privé** est l'ensemble des règles qui régissent les rapports des particuliers entre eux. Son but est d'assurer la protection de ces intérêts particuliers.

Cependant, ce critère n'est pas absolu : toutes les règles de droit ont pour finalité l'intérêt général, même celles de Droit privé, puisqu'elles tendent toutes à organiser les rapports sociaux. Disons simplement que le Droit privé est plus individualiste, donc plus libéral, que le Droit public.

2) Le deuxième critère tient aux **personnes** concernées.

– Le Droit public intéresse les personnes morales publiques : Etat, département, région, communes, établissements publics...

– Le Droit privé concerne les relations inter-individuelles.

Mais ce critère, comme le précédent, n'est pas absolu. On constate que des entreprises privées assument parfois la gestion d'un service public, ce qui conduit à les soumettre au Droit public. A l'inverse, certains établissements publics relèvent du droit privé (EPIC, entreprises nationalisées...).

⇒ Il n'existe donc aucun critère qui, à lui seul, permettent d'opérer une distinction nette entre le droit privé et le droit public. Le choix relève, en conséquence, d'une application combinée de ces critères. Il arrive qu'un **conflit** apparaisse à l'occasion de la saisine d'une juridiction pouvant ne pas être compétente.

Conflit positif : une juridiction de l'ordre judiciaire se déclare compétente alors que l'Administration prétend que l'affaire relève des juridictions administratives.

Conflit négatif : Les juridictions judiciaires se sont déclarées incompétentes, estimant que le litige relève des juridictions administratives, lesquelles tiennent à leur tour le raisonnement inverse.

Ces conflits, qu'ils soient positifs ou négatifs, sont portées devant une juridiction spéciale, le **Tribunal des conflits**, composée en nombre égal de Conseillers à la Cour de cassation et de Conseillers d'Etat.

## **§2. – La portée de la distinction Droit public/Droit privé**

Il existe une classification traditionnelle des branches du Droit entre le Droit privé et le Droit public (A). Mais certaines matières ne peuvent se ranger sous la bannière de l'un ou de l'autre : ce sont des disciplines mixtes (B).

## A- La classification traditionnelle

### ➤ Droit privé

Une distinction doit être faite selon que le droit privé intéresse des rapports internes ou internationaux.

#### - Le Droit privé interne

A l'origine, le Droit privé se confondait avec le droit civil. Mais dès le 17<sup>e</sup> siècle, une évolution, liée à la spécialisation des activités humaines, est perceptible, qui conduira à la naissance de disciplines autonomes.

Le droit civil constitue au sein du droit privé, le droit commun, c'est-à-dire celui qui a vocation à s'appliquer en l'absence de dispositions particulières.

Le droit civil concerne de nombreux domaines : droit des personnes (nom, domicile...), de la famille (mariage, divorce, filiation...), des contrats, de la responsabilité, biens, sûretés, régimes matrimoniaux, successions...

La plus importante discipline ayant progressivement acquis son autonomie à l'égard du droit civil est le droit commercial. Il regroupe l'ensemble des règles applicables aux commerçants et aux actes de commerce.

Le droit commercial répond aux besoins particuliers de l'activité commerciale (besoin de crédit, rapidité des opérations...). Il repose sur des mécanismes originaux forgés, pour la plupart, à partir des concepts du droit civil : c'est ainsi que la société commerciale est d'abord un contrat particulier régi par le Code civil.

A l'intérieur du droit commercial se sont développées des disciplines spécialisées : droit bancaire, droit de la concurrence, droit de la propriété industrielle, droit des transports (terrestre, maritime, aérien)...

A côté du droit commercial, d'autres disciplines de moindre importance, relèvent du droit privé : droit des assurances, droit de la consommation, droit immobilier, droit rural, droit de la propriété littéraire et artistique...

#### - Le Droit privé international

Le DIP s'intéresse aux relations privées comportant un élément d'extranéité : conditions des étrangers, relations entre nationaux et étrangers, mais aussi relations entre nationaux à propos d'un bien situé à l'étranger, ou entre étrangers à propos d'un bien situé en France...

Ex. : à quelle juridiction et à quelle loi faut-il soumettre le litige né à l'occasion d'un contrat conclu en Suisse entre un français et un allemand ayant pour objet une opération qui se déroulera en Italie ?

Le DIP permet de répondre à deux séries de questions :

- 1) La détermination de la loi applicable (= conflits de lois)
- 2) La désignation de la juridiction compétente pour connaître du litige (= conflits de juridictions)

...les deux ne coïncidant pas nécessairement : un tribunal français pouvant, par exemple, être amené à trancher un conflit par application du droit allemand.

### ➤ **Droit public**

A l'instar du droit privé, une distinction doit être faite entre le droit public interne et international.

#### - Le Droit public interne

Il comporte 3 branches principales.

1) Le **Droit constitutionnel** regroupe l'ensemble des règles qui assurent l'organisation de l'Etat (à travers la répartition des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et définissent la compétence des autorités en charge d'exercer ces pouvoirs (Président de la République, Premier ministre, Assemblées parlementaires...).

2) Le **droit administratif** est composé des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement des personnes morales de droit public et des Administrations publiques, ainsi que leurs rapports avec les particuliers.

3) Le **droit des finances publiques** régit la gestion des finances publiques, qu'il s'agisse des recettes (droit fiscal) ou des dépenses (droit budgétaire).

#### - Le Droit public international

Le Droit international public s'intéresse aux relations entre Etats, et procède par voie de traités internationaux.

Parmi ces traités, une attention particulière mérite d'être portée au Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, complété par l'Acte Unique Européen (1986) et le Traité de Maastricht (du 7 février 1992) créant l'Union européenne, et d'Amsterdam (du 2 octobre 1997).

Le Droit international public régit également le statut de divers organismes internationaux à vocation universelle (Organisation des Nations Unies) ou régionale (Conseil de l'Europe, Organisation de l'Unité Africaine, la Ligue Arabe).

## **B- Les disciplines mixtes**

Certaines disciplines ne peuvent être rattachées complètement ni au Droit privé ni au Droit public parce qu'elles empruntent leurs caractères à l'un et à l'autre. Ces droits mixtes apparaissent nettement dans les disciplines à caractère professionnel et sanctionnateur.

### ➤ **Les droits professionnels**

Il s'agit principalement du droit du travail : considéré à l'origine comme une simple branche du droit privé, étudiée sous l'angle du contrat de travail, contrat civil, il emprunte aujourd'hui certains de ses aspects au droit public.

= relations collectives de travail nouées entre syndicats de salariés et employeurs, que ces relations soient pacifiques (négociation collective) ou non (droit de grève).

### ➤ **Les droits sanctionnateurs**

Ils regroupent le droit pénal et le droit judiciaire.

#### - Le droit pénal

Le droit pénal définit les infractions dont les individus peuvent se rendre coupables (contraventions, délits, crimes) et fixe leur sanction.

Il touche au droit privé en ce que la plupart des textes répriment des atteintes aux droits des particuliers. Mais il relève aussi du droit public parce qu'il traduit la réaction de la société contre des actes socialement dangereux. C'est la raison pour laquelle l'Etat est toujours partie au procès pénal par l'intermédiaire du Ministère public. Par ailleurs, les amendes sont toujours versées à l'Etat et non à la victime (≠ DI).

#### - Le droit judiciaire

Le droit judiciaire fixe les règles de procédure permettant aux particuliers de faire valoir leurs droits en justice.

On l'appelle droit judiciaire *privé* parce qu'il s'intéresse à la mise en œuvre du droit privé devant les juridictions judiciaires. Mais il n'est pas étranger au droit public dans la mesure où il concerne l'organisation et le fonctionnement d'un service public, celui de la Justice.

#####

## Leçon 3 – LA SCIENCE DU DROIT

La science du droit s'intéresse aux mécanismes intellectuels qui président à l'élaboration et à l'application du droit

Section 1. – L'élaboration du droit

Section 2. – L'application du droit

### Section 1. – L'élaboration du droit

L'élaboration de la règle de droit repose sur des catégories juridiques (§1.), exprimées dans un langage propre et technique (§2) et organisées par un raisonnement juridique (§3.).

§1. – Les catégories juridiques

§2. – Le langage juridique

§3. – Le raisonnement juridique

#### §1. – Les catégories juridiques

La règle de droit repose sur des catégories juridiques qui sont des concepts juridiques abstraits – des constructions intellectuelles – regroupant des phénomènes ayant des traits communs et devant, pour cette raison, obéir à un régime identique.

Ex. : acheter un pain chez le boulanger constitue un contrat, plus spécialement un contrat de vente qui sera, en conséquence, soumis aux règles de la vente, notamment le transfert de la propriété, le paiement d'un prix et la garantie des vices cachés. C'est ainsi que la catégorie du contrat de vente regroupe tous les contrats ayant pour objet de transférer la propriété d'un bien moyennant un prix.

Ex. : une vache sera tantôt un meuble, tantôt un immeuble par destination lorsqu'il est attaché à une exploitation agricole (art. 524 C. civ.).

Le travail du juriste, dans cette perspective, consiste à rechercher et à identifier, dans la réalité des faits, les critères caractéristiques de telle ou telle catégorie. Ce passage de la réalité factuelle à la catégorie juridique abstraite s'appelle la **qualification**.

**Deux étapes.** Pièce maîtresse du raisonnement juridique, la qualification suppose de rattacher une situation de fait donnée à une catégorie juridique prédéfinie en vérifiant que la première satisfait aux critères d'identification de la seconde. Appliquée aux contrats, cette opération s'opère toujours en deux temps.

♦ Il convient, tout d'abord, **d'identifier les critères de la catégorie abstraite pressentie** : un transfert de propriété et un prix pour la vente, une mise à disposition et un prix pour un bail, un travail subordonné et rémunéré pour un contrat de travail, etc.

♦ Il importe, ensuite, de **comparer le contrat à qualifier à ce cadre de référence** en examinant concrètement ses éléments. Si les données de fait coïncident avec les critères

prédéfinis, le contrat sera rattaché à cette catégorie et obéira au régime correspondant. A défaut, d'autres rapprochements devront être envisagés.

L'utilité de la qualification réside dans l'application du **régime** juridique attaché à la catégorie identifiée.

Ex. : Si le contrat conclu entre X et Y prévoit le transfert de propriété d'un bien contre le paiement d'une somme d'argent, il sera qualifié de vente. En conséquence, si un défaut apparaît de la chose vendue, le régime de la garantie des vices cachés trouvera à s'appliquer.

Si, en revanche, le contrat ne prévoyait pas de transfert de la propriété mais seulement la mise à disposition du bien moyennant un prix, il devrait s'analyser en un contrat de bail, soumis à un régime juridique différent, alors même que le document signé par les parties porterait l'intitulé "vente".

De la même manière, si aucun prix n'était stipulé, les parties pourraient appeler leur contrat "vente", il s'agirait néanmoins d'une donation.

Plus sournoisement, les parties pourraient stipuler un prix mais convenir secrètement qu'il ne sera pas payé : l'acte a l'apparence d'une vente mais constitue en réalité une donation. A supposer que la simulation soit découverte, l'acte sera requalifié en donation avec toutes les conséquences, notamment fiscales, qui en résultent.

## **§2. – Le langage juridique**

**Vocabulaire juridique.** – Comme toute science, le droit utilise et s'exprime dans un vocabulaire technique approprié. Le choix du mot "juste" est essentiel à la précision et à la clarté de la règle de droit. Il existe un langage du droit, extrêmement précis, qu'il est indispensable de connaître et de maîtriser dès l'instant que l'on prétend s'intéresser au droit.

- Il est tout d'abord des mots qui effraient le profane et rendent le droit mystérieux (Ex. : subrogation, anatocisme, antichrèse, contrat synallagmatique, créancier chirographaire, testament olographe...). Le recours fréquent à des formules latines accroît encore cette impression. Pourtant l'origine de ces mots suffit à expliquer leur sens et leur utilité. Les remplacer par des synonymes ou des mots du langage courant aboutirait à un syncrétisme que la rigueur de la règle juridique interdit : *"mieux vaut ne pas comprendre et par conséquent se renseigner que croire que l'on comprend et se tromper"* (Terré).

- Il est ensuite des faux-amis, c'est-à-dire des mots ayant une signification juridique différente de celle du langage courant (Ex. : patrimoine, fruits, domicile, absence...).

- Il est enfin des mots présentant une polysémie au sein même du langage juridique (Ex. : droit, obligation, succession...).

**Le discours juridique.** – La règle de droit s'énonce dans un style particulier que justifient ses caractères. Sa **généralité** impose le recours à des formules impersonnelles reposant sur l'emploi de pronoms ou d'adjectifs indéfinis : *on, chacun, tout...*

Ex. : Article 1240 C. civ. : **"Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"**.

Article 9 C. civ. : **"Chacun a droit au respect de sa vie privée"**.

Article 147 C. civ. : "**On** ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier".

Le caractère **normatif** de la règle de droit se traduit par des formules passives telles que "il est interdit de...", "il est permis de...", "Tous ceux auxquels la loi de l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre" (art. 1594 C. civ.).

Le caractère **obligatoire** de la règle de droit ressort de formules s'appliquant à une catégorie de personnes (Ex. : "le vendeur est tenu de..." ou "est obligé de...") ou, plus simplement, par l'emploi du présent de l'indicatif qui vaut impératif (Ex. : "Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille" (art. 213 C. civ.), signifiant qu'ils doivent assurer ensemble...).

Ajoutons que le style juridique est variable selon les époques et selon ses sources.

→ **Selon les époques**, tout d'abord, le style législatif du XIXe siècle, concis et clair (Ex. : "tout condamné à mort aura la tête tranchée", code pénal de 1810) n'est plus le même qu'aujourd'hui où les phrases s'allongent, parfois s'embrouillent, souvent deviennent obscures (Ex. : comparez la concision de l'article 6 du C. civ. et le récent article 515-7 C. civ. comprenant presque 400 mots !).

→ Le style juridique varie aussi **selon ses sources énonciatives** : le style législatif n'est pas le style judiciaire (pour l'énoncé d'une décision) ni le style notarial (pour l'énoncé des stipulations d'un acte juridique).

S'ajoute également un style coutumier lorsqu'un **adage** énonce une règle d'origine coutumière, en français ou en latin, dans une formule brève mais soignée destinée à frapper les esprits (Ex. : "Nul n'est censé ignorer la loi", "On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles", "en mariage, trompe qui peut", "qui paie mal paie deux fois", "qui mieux abreuve, mieux preuve", "boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble...", etc. cf. l'ouvrage de Roland et Boyer, *Adages du droit français*, Litec).

### **§3. – Le raisonnement juridique**

\* **La règle juridique** est marquée par une **structure binaire** : la règle de droit attache toujours une conséquence à une hypothèse particulière.

En d'autres termes, la structure de la règle de droit est toujours exprimée dans le couple "hypothèse / imputation" ou "conditions / effets" ou "qualification / régime".

Si "telles conditions sont réunies", alors "tels effets juridiques doivent se produire".

Ex. : Celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui (conditions) est obligé de le réparer (conséquences).

\* **La mise en œuvre de la règle de droit** s'opère par un raisonnement particulier : le syllogisme.

Le syllogisme est construit autour de trois éléments : à partir de deux propositions, les prémisses, est déduite une conclusion.

Ex. : Tous les hommes sont mortels (prémisse majeure) ; or, Socrate est une homme (prémisse mineure) ; donc, Socrate est mortel (conclusion).

En droit, la **prémisse majeure** est constituée de la **règle de droit**, la **prémisse mineure** des **faits** de l'espèce, la **conclusion** prend la forme du **dispositif** dans les décisions judiciaires.

Ex. : L'épouse (ou l'époux) peut avoir l'usage du nom de son conjoint (ou conjointe) ; or, Pierre est mariée à Sophie ; donc, Pierre peut porter le nom de Sophie.

La rigueur d'un tel raisonnement doit être relativisée. Elle pourrait laisser croire que le droit est une science exacte. Or, il n'en est rien et ce, pour plusieurs raisons :

1) Tout d'abord, le choix de la prémisse majeure est souvent délicat : tantôt le juge est amené à **choisir** entre plusieurs règles applicables (= antinomies), tantôt il est appelé à **interpréter** la règle.

2) Le choix de la prémisse mineure est tout aussi délicat puisqu'il suscite, en pratique, un problème de **preuve** que doit apprécier le juge saisi de l'affaire.

3) Il arrive que le syllogisme dissimule une **inversion de raisonnement** qui consiste à partir de la conclusion à laquelle on souhaite parvenir pour, ensuite, procéder à un habillage juridique des prémisses.

→ Une telle inversion est systématique chez les avocats chargés de développer les meilleurs arguments susceptibles d'aider leur client.

→ Il arrive qu'une telle inversion soit pratiquée par les juges, bien qu'ils n'en laissent rien paraître, lorsqu'ils utilisent comme point de départ la solution qui leur paraît "juste" et construisent ensuite le syllogisme qui lui donnera une assise juridique.

## **Section 2. – L'application du droit**

Un texte de loi n'est pas, en soi, une règle de droit. Seule son interprétation par les autorités chargées de l'appliquer constitue la règle de droit. C'est tout l'intérêt du commentaire d'article qui est de dégager la règle qu'exprime un texte.

Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, le choix s'opère au moyen de l'argumentation. Le droit est, de ce point de vue, une science de l'argumentation.

L'application du droit s'opère donc par :

§1. – L'interprétation

§2. – L'argumentation

### **§1. – L'interprétation**



Deux méthodes d'interprétation sont, grosso modo, envisageables :

A. – L'exégèse

B. – La libre recherche scientifique

### **A. – L'exégèse**

L'exégèse est une méthode d'interprétation consistant à appliquer strictement la lettre de la loi. Toute difficulté doit pouvoir être tranchée en se référant à la loi. Pour cela, il faut distinguer deux hypothèses.

- **Lorsque la loi est claire**, l'interprétation du texte doit être aussi littérale que possible. *"Quand la loi est claire, disait Portalis, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit"*. L'interprète doit se livrer à une analyse purement grammaticale du texte afin de découvrir le sens et la portée de la règle exprimée.

Ce principe d'interprétation conduit aussi, sans qu'il faille toutefois en exagérer la portée, à la maxime : *"Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus"*, ce qui veut dire que là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer.

Ex. : l'article 1424 du Code civil interdit à un époux de vendre seul, sans l'accord de l'autre, les immeubles appartenant à la communauté. Le terme "immeubles" étant très général, il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'immeuble est destiné au logement familial, à la location... Tous les immeubles, quelle que soit leur destination, tombent sous le coup de cet article.

Ex. : L'article 1384 alinéa premier dispose que l'on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde. La Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que la chose est en soi dangereuse (une automobile...) ou non (un pot de fleur...).

- **Lorsque la loi est obscure** ou qu'elle présente des **lacunes**, il convient d'en approfondir les dispositions pour en pénétrer **l'esprit**.

Il faut, en d'autres termes, rechercher ce que le législateur a bien voulu dire, quelle a été sa volonté ou son intention. Pour effectuer cette recherche, les interprètes classiques utilisent divers moyens, plus ou moins sûrs.

#### - Premier moyen : **les travaux préparatoires**

Il s'agit d'un ensemble de documents officiels qui ont précédé la promulgation de la loi, tels que : l'exposé des motifs, les études et rapports devant les commissions parlementaires, les discussions devant les assemblées dont on peut prendre connaissance au J.O., débats parlementaires, Assemblée Nationale ou Sénat. S'agissant du Code civil, il existe deux séries de recueils contenant l'intégralité des travaux préparatoires (Fenet et Locré).

A première vue, il y a là évidemment une source de renseignements fort intéressants. Est-ce à dire pour autant qu'on puisse toujours tirer des travaux préparatoires la véritable pensée du législateur ? Le moins que l'on puisse dire est qu'il faut, sur ce point, se conduire avec prudence. L'organisation constitutionnelle est, en effet, telle que bien souvent le texte définitivement voté est une oeuvre transactionnelle entre les deux chambres qui se font réciproquement des concessions, sans qu'il y ait vraiment une véritable pensée juridique qui les anime.

#### - Deuxième moyen : **les précédents historiques**

Ils peuvent être utilisés par l'interprète lorsque la loi apparaît comme ayant été inspirée de textes anciens. Les partisans de l'Ecole de l'Exégèse se sont, par exemple, servis très fréquemment pour interpréter les dispositions du Code Civil des travaux de jurisconsultes de l'Ancien Droit, tels que DOMAT, au XVII<sup>ème</sup> siècle et surtout POTHIER, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, dont les travaux ont inspiré très fortement les rédacteurs du Code Civil. Ce moyen doit aussi être utilisé avec prudence et sagacité.

- Troisième moyen : **l'esprit général de la loi et sa cohérence**

La démarche de l'interprète consiste, ici, à replacer la disposition à interpréter dans le contexte général du texte dans lequel elle est insérée. Partant de la présomption selon laquelle un ensemble de règles se veut être cohérent, il retiendra l'interprétation du texte assurant sa cohérence avec les textes voisins.

T° – Le respect aveugle des textes et de l'intention du législateur peut parfois conduire, 50 ou 100 ans après leur promulgation, à des solutions critiquables.

D'où le développement d'une autre méthode...

## **B. – La libre recherche scientifique**

Le culte de la loi ne doit pas être poussé à l'excès. La loi ne peut pas tout prévoir et la recherche de l'intention du législateur s'avère, en bien des cas, divinatoire, voire irréaliste.

Comment, par exemple, attribuer aux rédacteurs du Code civil une quelconque intention quant aux accidents de la circulation qui ne se sont développés qu'au XX<sup>e</sup> siècle ou aux accidents du travail qui se sont multipliés lors de la révolution industrielle ?

Selon la méthode de la libre recherche scientifique, l'interprète peut aller **au-delà des textes** qui n'ont pas pu tout prévoir. Il pourra ainsi rechercher la solution adéquate en se fondant sur la situation économique et sociale du moment, sur l'état des mœurs, sur l'histoire, l'équité...

Au-delà de ces directives générales, deux courants se dégagent.

- **Selon un premier courant incarné par Gény**, il faut d'abord tirer de la loi tout ce qu'elle contient, mais sans la déformer. Si cela ne suffit pas, il faut alors sortir de la loi et, par le jeu de la libre recherche scientifique, élaborer une règle de droit d'après les données sociales, économiques et morales du moment. Le juge est alors libre de retenir la solution adéquate sans être tenu de se référer à la loi.

Cette méthode est résumée par une devise : *"par le Code Civil, mais au-delà du Code Civil"*.

Cette méthode, qui permet de faire appel à d'autres sources du droit, connut un gros succès à l'étranger. Elle fut notamment adoptée par le Code Civil suisse qui, dans son article 1<sup>er</sup>, énonce qu' *"à défaut de texte ou de coutume, le juge prononcera selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur"*.

- **Selon un autre courant incarné par Saleilles**, il convient de toujours s'appuyer sur un texte, quitte à en donner une interprétation déformante, c'est-à-dire fort différente de celle qu'avait à l'esprit le législateur.

La devise devient alors : "*au-delà du Code Civil, mais par le Code Civil*".

Ex. : L'article 1384, alinéa 1, à qui l'on a fait dire tout autre chose que ce que le législateur de 1804 avait prévu.

L'avantage de ces méthodes de libre recherche scientifique est de permettre une évolution rapide du droit. Mais elles présentent un incontestable risque d'arbitraire du juge.

C'est pourquoi la méthode d'interprétation actuellement retenue en droit civil français est une **combinaison** de l'exégèse et de la libre recherche scientifique. Les tribunaux peuvent sans doute s'inspirer des données économiques, sociales et morales du moment, mais ils doivent fonder leur décision sur un texte. On dit que leur décision doit être **motivée** (art. 455 NCPC) ce qui conduit parfois à des interprétations déformantes.

T° – Le choix entre plusieurs interprétations possibles s'opère, en pratique, par le développement d'une argumentation.

I. – L'interprétation

## **§2. – L'argumentation**

Toute la logique juridique a pour but de convaincre : l'avocat veut convaincre le juge, le juge veut convaincre les plaideurs et les juridictions supérieures, le législateur veut convaincre les citoyens, la doctrine veut convaincre les juges, le législateur et les autres juristes réunis, etc.

L'instrument de cet art de convaincre est l'argumentation.

Les arguments invoqués sont parfois de nature **extra-juridique** (A.). Ils reposent souvent sur des techniques de raisonnement (B.).

A. – Arguments extra-juridiques

B. – Techniques de raisonnement

### **A. – Arguments extra-juridiques**

- **Argument économique** : par exemple, décider d'indemniser les patients victimes d'un aléa thérapeutique aurait coûté trop cher aux assureurs des médecins qui, par contrecoup, auraient refusé de les assurer à l'avenir. Pour autant, le problème surgit au lendemain de la loi Kouchner du 4 mars 2002 et de nombreux médecins anesthésistes ne parviennent plus à s'assurer aujourd'hui.

- **Argument sociologique** : de tels arguments ont présidé, avec plus ou moins de d'exactitude, à l'admission du divorce par consentement mutuel en 1975, à l'adoption du PACS en 1999 et à la révision par la loi du 4 mars 2002 des règles de dévolution du nom de famille.

- **Argument d'équité** : l'équité n'est pas une source de droit mais elle doit être un guide pour l'interprète. Selon l'heureuse formule du Doyen Cornu, elle doit être "*au juriste ce qu'est le nord au navigateur*". L'argument doit être utilisé avec précaution dans la mesure où l'équité n'est jamais bilatérale : ce qui est équitable pour l'un ne l'est jamais pour l'autre, si bien que sous couvert d'équité risquent d'être consacrées des solutions injustes.

La Cour de cassation s'est exceptionnellement fondée expressément sur l'équité, pour reconnaître un principe général en vertu duquel toute personne qui s'enrichit sans justification au détriment d'une autre doit indemniser celle-ci : c'est la théorie de **l'enrichissement sans cause**.

## **B. – Techniques de raisonnement**

Il existe plusieurs techniques de raisonnement susceptibles de guider l'interprète dans sa tâche.

**1) Le raisonnement par induction** est la méthode de raisonnement qui permet de passer de dispositions particulières à la formulation d'une règle générale.

Ex. : à partir de quelques textes du Code civil sanctionnant certaines formes d'enrichissement sans cause, la jurisprudence en a induit un principe général interdisant à toute personne de s'enrichir indûment au détriment d'autrui (aujourd'hui consacré par le législateur)

Ex. : à partir d'un texte prévoyant que la responsabilité civile d'une personne majeure placée sous l'emprise d'un trouble mental peut être engagée (art. 489 C. civ.), la jurisprudence en a induit la responsabilité de toute personne privée de discernement, c'est-à-dire non consciente de ses actes.

**2) Le raisonnement par déduction** est la méthode de raisonnement qui permet de passer d'une règle générale à la formulation de dispositions particulières.

Ex. : Du principe selon lequel toute personne privée de discernement peut engager sa responsabilité civile du fait des actes commis, la jurisprudence en a déduit que l'enfant mineur non encore doué de discernement, pouvait engager sa responsabilité civile.

**3) Le raisonnement par analogie** consiste à étendre une solution apportée à un problème donné à une situation voisine pour laquelle aucune solution expresse n'existe. Il repose sur l'idée que des problèmes voisins doivent recevoir des solutions identiques ou voisines.

Ex. : Un texte du Code civil prévoit que le majeur sous l'empire d'un trouble mental est tenu de réparer les conséquences dommageables de ses actes. L'argument par analogie consiste à appliquer la même règle aux enfants mineurs très jeunes privés de discernement. Cet exemple montre que l'argument par analogie se décompose en un argument par induction suivi d'un argument par déduction.

Ex. : Le versement d'une prestation compensatoire est prévu en cas de divorce. L'annulation du mariage ressemble au divorce mais aucun texte ne prévoyait le versement d'une prestation compensatoire. Par analogie, les juges appliquent le mécanisme de la prestation compensatoire à certaines hypothèses d'annulation du mariage.

**4) Le raisonnement *a fortiori*** est une variante du raisonnement par analogie. Il consiste à étendre une solution apportée à un problème donné à une situation voisine parce que la justification de la solution est encore plus grande dans la seconde hypothèse que dans la première. La solution se justifie encore mieux dans la seconde hypothèse que dans la première où elle est expressément prévue.

Ex. : S'il est interdit de blesser autrui, *a fortiori* est-il interdit de tuer.

Ex. : Lorsqu'un texte interdit à une personne dont les facultés mentales sont altérées de vendre un bien, il est permis d'en conclure, *a fortiori*, qu'il leur interdit de les donner.

**5) L'argument *a contrario*** s'oppose au raisonnement par analogie. Il conduit à considérer qu'une règle prévue pour une hypothèse particulière ne doit pas être étendue à une hypothèse différente parce que l'extension ne se justifie pas.

Ex. : S'il est interdit de vendre ses organes, *a contrario* est-il permis d'en faire don.

Ex. : Si l'article 6 du Code Civil énonce qu' "*on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*", *a contrario* il est permis de dire qu'il est possible de déroger par conventions aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public ou les bonnes mœurs.

L'argument (et non raisonnement) *a contrario* a suscité des incertitudes. Il doit être manipulé avec précaution parce qu'il repose sur le postulat, au demeurant fort contestable, qu'en décidant de soumettre une situation donnée à une règle qu'elle établit, l'autorité normative (le législateur) a entendu exclure du champ d'application de cette règle toutes les autres situations. Or, il se peut qu'il n'y ait pas songé tout simplement.

Ex. : L'article 1240 du Code civil oblige celui qui, par sa faute cause un dommage, à le réparer. L'argument *a contrario* consisterait à soutenir qu'en l'absence de faute, la responsabilité ne saurait être engagée. C'EST FAUX !

L'argument par analogie consisterait à expliquer que malgré l'absence de faute, il convient d'obliger celui qui cause un dommage à le réparer. Ce n'est pas tout le temps JUSTE !

**6) Le raisonnement téléologique** consiste à interpréter un texte en considération de la finalité poursuivie par son auteur.

Ex. : S'agissant d'une disposition protectrice du consommateur ou du salarié, il conviendra, par le jeu de ce raisonnement, de l'interpréter dans le sens le plus favorable au consommateur ou au salarié.

**Conclusion** : Aucun de ces arguments ne saurait, à lui seul, emporter la conviction. Ils doivent être développés, appréciés, confrontés, renforcés par des arguments extra-juridiques. C'est le résultat de leur confrontation qui emportera la conviction dans un sens ou dans l'autre, étant entendu qu'il existe toujours des arguments opposés, c'est-à-dire dans les deux sens.

## Leçon 4 – LES SOURCES FORMELLES DU DROIT

Des "sources du droit", il est possible de retenir au moins deux acceptions.

- Par "**sources réelles**" on entend l'ensemble des forces sociales qui sont à l'origine d'une règle de droit, lesquelles se découvrent par la sociologie, l'économie, l'histoire, la philosophie, la morale, l'éthique, la politique... En d'autres termes, il s'agit de toutes les circonstances et de tous les arguments qui sont pris en considération dans l'élaboration du droit. Les sources réelles s'intéressent au contenu de la règle de droit. Elles alimentent les arguments avancés pour ou contre chaque solution juridique et se retrouvent donc en permanence dans le discours juridique.

- Les "**sources formelles**", au contraire, ne s'intéressent pas au contenu de la règle, mais à l'autorité qui l'a édictée afin de déterminer, d'une part, le caractère obligatoire de la règle en question et, d'autre part, sa valeur hiérarchique au regard des autres règles.

Chaque système juridique développe une théorie des sources (formelles) du Droit qui lui est propre. Ainsi, a-t-on déjà relevé que dans le système romano-germanique, la source principale est la loi alors qu'elle est constituée par la jurisprudence dans le système de *Common Law*.

Par ailleurs, la théorie des sources du droit dépend aussi du degré d'avancement de la civilisation : il semble que plus le système est perfectionné et plus le rôle de la coutume tend à s'effacer devant celui de la loi.

En droit positif français, bien qu'elles n'aient pas une valeur identique, la loi et la coutume constituent de véritables sources formelles du droit, c'est-à-dire créatrices de règles de droit, générales, impersonnelles et obligatoires

Alors que la **coutume**, source non écrite de Droit (Section 2.), jouait un rôle considérable sous l'Ancien Droit, elle n'occupe plus aujourd'hui qu'une place secondaire, loin derrière la **loi**, source écrite de Droit (Section 1.). Il convient donc de distinguer le Droit écrit du Droit non écrit.

Section 1. – La source écrite : la loi

Section 2. – La source non écrite : la coutume

### **Section 1. – La source écrite : la loi**

**Notion.** – Plusieurs significations peuvent être attachées au mot "loi".

– D'un point de vue formel, la loi désigne les règles générales, permanentes et obligatoires formulées par le pouvoir législatif.

– D'un point de vue matériel, la loi désigne toute règle de Droit écrite, qu'il s'agisse d'une loi au sens formel, de la Constitution, d'un traité international ratifié ou d'un décret pris par le Gouvernement.

Le choix de la première définition conduit à étudier les problèmes d'application de la loi (ss-section I.). Celui de la seconde guidera l'étude de la hiérarchie des lois (ss-section II.).

Sous-section I. – L'application de la loi

Sous-section II. – La hiérarchie des lois

### **Sous-section I. – L'application de la loi**

Le champ d'application de la loi doit être défini à la fois dans le temps (§1.) et dans l'espace (§2.).

§1. – L'application de la loi dans le temps

§2. – L'application de la loi dans l'espace

#### **§1. – L'application de la loi dans le temps**

Il importe de connaître la date d'entrée en vigueur de la loi et celle de son éventuelle disparition : terme *a quo* et terme *ad quem* (I.). Mais la succession des lois dans le temps fait parfois apparaître des conflits : entre la loi ancienne et la loi nouvelle, laquelle doit l'emporter ? (II.).

I. – Les termes de la loi

II. – Les conflits de lois

#### **I. – Les termes de la loi**

L'entrée en vigueur de la loi, terme *a quo* (A.), et son abrogation, terme *ad quem* (B.) doivent être successivement étudiés.

A. – Terme *a quo* : l'entrée en vigueur de la loi

B. – Terme *ad quem* : l'abrogation de la loi

#### **A. – L'entrée en vigueur de la loi**

La loi votée par le Parlement, conformément au droit constitutionnel, doit être promulguée (1) puis publiée (2). Elle n'entrera en vigueur qu'au terme de ce processus complexe.

##### **1) La promulgation de la loi**

La promulgation est l'acte par lequel le Président de la République constate que le Parlement a voté définitivement une loi et ordonne qu'elle soit exécutée. En ce sens, l'ancien article 1<sup>er</sup> du Code civil disposait : "*les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République*". La règle est désormais énoncée par l'article 10 de la constitution.

En réalité, la promulgation n'est qu'une des conditions du caractère exécutoire de la loi. La promulgation est réalisée par décret. Elle doit en principe intervenir dans les 15 jours suivant la transmission au Gouvernement de la loi définitivement votée. Depuis 1875, le décret de promulgation donne sa date officielle à la loi.

## **2) La publication de la loi**

Une fois promulguée, la loi doit être publiée au Journal Officiel.

Une difficulté apparaît parfois lorsqu'une erreur se glisse dans cette publication, le texte publié ne correspondant pas au texte voté par le Parlement. Une telle erreur peut être réparée par un "erratum" (des *errata*) publié dans un numéro ultérieur du JO. Encore faut-il toutefois, que cet *erratum* se borne à rétablir le texte voté par le Parlement, tel qu'il ressort de la retranscription des débats parlementaires. En ce cas, il s'incorpore au texte primitivement publié et acquiert une force obligatoire à la même date que celui-ci (*cf.* not. Com., 5 avril 1960). Il serait, en revanche, dépourvu de valeur juridique s'il apportait une modification par rapport au texte voté par le Parlement (Civ., 20 mai 1948).

La publication ne donne pas immédiatement force obligatoire à la loi. Elle fait courir un délai à l'issue duquel le texte acquiert cette autorité. Ce délai était autrefois variable en fonction de la région.

\* **En principe**, ce délai est de un jour franc à compter de sa publication au Journal Officiel pour Paris, et un jour franc à compter de la réception du Journal Officiel au chef-lieu de chaque département en ce qui concerne le reste de la France.

Par jour franc, on entend un jour entier de 0h00 à 24h00.

Ex. : loi publiée au JO le 15 octobre acquiert force obligatoire à Paris le 17 octobre à 0h00 ; si le JO arrive à Montpellier le 16 octobre à 9h00, la loi devient obligatoire le 18 octobre à 0h00.

Pb. : Ces dispositions, d'un autre temps, ont parfois soulevé des difficultés d'application. Ainsi, un avocat montpelliérain chargé de défendre son client dans une affaire de divorce, eut un jour l'idée de vérifier dans le registre préfectoral si la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce avait bien été enregistrée comme l'exige la loi du 12 vendémiaire an IV. Elle ne l'était pas ! La Cour d'appel de Montpellier avait alors décidé que cette loi était privée de force obligatoire dans le département de l'Hérault en raison du non enregistrement de l'arrivée dans ce département du Journal Officiel dans le registre préfectoral. L'arrêt fut cassé (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1994).

**L'Ordonnance du 20 février 2004** a dépoussiéré ces règles en les modernisant et en les simplifiant. Désormais, les lois entrent en vigueur **le lendemain de leur publication au Journal Officiel**. Le même jour est assurée une publication sous forme électronique, c'est-à-dire sur Internet, publication qui a la même force probante que la version papier et qui est destinée à mise à la disposition du public de manière permanente et gratuite (art. 3 ord. 20 févr. 2004)



\* **Par exception**, il arrive que le législateur lui-même diffère l'entrée en vigueur de la loi : soit en fixant une date précise (ex. : à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la publication) soit en subordonnant l'entrée en vigueur de la loi à la publication de décrets nécessaires à son application.

Dans certains domaines, en effet, la loi ne peut fixer que des "principes fondamentaux" (art. 34 Constit., not. droit des obligations, du travail, sécurité sociale) renvoyant le détail de leur mise en œuvre à un décret d'application. Le Gouvernement dispose alors, en fait, du pouvoir de retarder l'application des lois (*cf.* not., *RTD civ.* 98, p. 788).

En cas d'urgence, le décret de promulgation peut décider de l'entrée en vigueur de la loi dès sa publication (et non le lendemain) (C. civ., art. 1<sup>er</sup> al. 2).

**Conséquences** : A partir de cet instant, **nul n'est censé ignorer la loi** (*Nemo censetur ignorare legem*). Cette règle ne signifie pas que tout le monde connaît toutes les lois, ce qui serait bien irréaliste, mais que celui qui ignore la loi, de bonne ou de mauvaise foi, lui reste soumis : nul ne peut se prévaloir de son ignorance de la loi pour en empêcher l'application.

Seule exception : un décret du 5 novembre 1870 prévoit que les tribunaux peuvent, en matière pénale, accueillir l'exception d'ignorance si une contravention a été commise dans le délai de 3 jours francs à partir de la publication du texte créant l'infraction.

[A. – Terme *a quo* : l'entrée en vigueur de la loi

[B. – Terme *ad quem* : l'abrogation de la loi

## **B. – L'abrogation de la loi**

La loi est en principe **permanente** : elle s'applique tant qu'elle n'a pas été abrogée. Le Code civil s'est ainsi appliqué de manière continue à travers deux empires, trois régimes monarchiques et cinq républiques.

"Permanent" ne signifie pas "perpétuel", et le législateur qui a donné force obligatoire à la loi peut aussi lui retirer cette autorité. Etant entendu que la loi ne peut être abrogée que par adoption d'une règle située au moins au même degré dans la hiérarchie des règles de Droit.

Ex. : Une loi ne peut être abrogée que par une autre loi ou une norme supérieure. En revanche, une loi ne saurait, en principe, être abrogée par un décret.

Une exception est toutefois apportée à cette règle s'agissant des lois votées avant 1958 dans un domaine qui, aux termes de la Constitution de 1958, relèvent aujourd'hui du pouvoir réglementaire. Le domaine de la loi a en effet évolué. Jadis illimité, la Constitution du 4 octobre 1958 a réduit le domaine de la loi à quelques matières limitativement énumérées dans l'article 34 (ex. : nationalité, état et capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions, libéralités...). Les autres matières relèvent donc de la compétence du pouvoir réglementaire : il appartient au Gouvernement d'intervenir par voie de décret.

Par conséquent, une loi antérieure à 1958 qui relève aujourd'hui du domaine de compétence du pouvoir réglementaire peut être abrogée par un décret.

L'abrogation de la loi peut être expresse ou tacite.

\* L'abrogation est expresse lorsque la loi nouvelle dispose expressément qu'elle abroge telle loi ancienne.

\* L'abrogation est tacite lorsque les dispositions nouvelles s'avèrent incompatibles avec le texte ancien.

Ex. : La loi du 5 juillet 1974 fixant l'âge de la majorité à 18 ans a tacitement abrogé la loi antérieure le fixant à 21 ans.

Mais la contradiction est parfois moins claire et il convient distinguer selon que la loi est *générale* ou *spéciale*.

– Une loi nouvelle de portée générale n'abroge pas nécessairement une loi ancienne de portée plus réduite.

Ex. : Ainsi, une loi nouvelle concernant l'ensemble du droit des contrats n'abroge pas nécessairement une loi antérieure ne gouvernant que le seul contrat de vente. La loi spéciale relative au contrat de vente apparaît ainsi comme une exception à la loi générale concernant tous les contrats.

– En revanche, une loi nouvelle spéciale abroge nécessairement la loi générale sur tous les points qu'elle vise et avec lesquels elle s'avère incompatible. C'est le principe *specialia generalibus derogant* : la règle spéciale déroge à la règle générale.

Ex. : la lésion n'est pas une cause de nullité des contrats en général (art. 1168), sauf en matière de vente d'immeuble dès lors que le déséquilibre dépasse les 7/12<sup>e</sup> de la valeur de l'immeuble (art. 1674).

# La succession des lois dans le temps fait parfois naître des difficultés liées à leur application. Ce sont les conflits de lois dans le temps.

[I. – Les termes de la loi

[II. – Les conflits de lois

## **II. – Les conflits de lois dans le temps**

**Problème.** – Une loi nouvelle succède à un texte ancien ; se pose le problème de leur application respective : jusqu'à quand survit la loi ancienne ? A partir de quand s'applique la loi nouvelle ?

\* La réponse peut être simple lorsque la situation juridique en cause est instantanée.

Ex. : Un contrat de vente avec paiement comptant. Si une réforme intervient le 1<sup>er</sup> novembre, toutes les ventes conclues avant cette date resteront soumises à la loi ancienne tandis que celles postérieures au 1<sup>er</sup> novembre seront gouvernées par la loi nouvelle.

\* La réponse est infiniment plus délicate s'agissant des situations juridiques qui s'inscrivent dans la durée, soit en raison de leur naissance, soit en raison de leur durée.

– La **naissance** de certaines situations juridiques suppose un fait prolongé pendant un certain temps (ex. : pour acquérir une retraite, il faut avoir cotisé pendant un certain

nombre d'années) ou la succession de plusieurs événements (ex. : un testament dressé à un moment t1 ne produit effet qu'à la mort du disposant située, on l'espère pour lui, à un moment t2).

⇒ si une loi nouvelle subordonne les droits à la retraite à 50 ans de cotisation, cette loi s'applique-t-elle à ceux qui ont déjà commencé à cotiser ? ... à ceux qui perçoivent déjà une retraite ?

⇒ si une loi nouvelle entre t1 et t2 modifie les règles de répartition de la succession, cette loi s'applique-t-elle à la succession ouverte à t2 ? *quid* si la loi intervient après t2 ?

– La durée s'exprime aussi parfois dans les **effets** produits par une situation juridique.

Ex. : la célébration du mariage s'effectue en un trait de temps, mais ses effets durent jusqu'à la dissolution de l'union. Une loi de 1884 a autorisé le divorce interdit par une loi de 1816. La loi nouvelle s'applique-t-elle exclusivement aux personnes mariées après son entrée en vigueur ou concerne-t-elle toutes celles mariées à une date antérieure ?

\* La réponse à ces questions est parfois claire lorsque le législateur a pris le soin de préciser, par des **mesures transitoires**, le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle.

\* En l'absence de telles dispositions, le conflit doit être réglé par la jurisprudence, inspirée par les travaux de doctrine. Le Code civil est en effet pratiquement muet sur la question. Il énonce seulement en son **article 2** :

*"La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif"*

Pendant longtemps, la solution a été recherchée dans la distinction entre les droits acquis et les expectatives de droits.

**Les droits acquis** sont déjà entrés dans le patrimoine de leur titulaire au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le principe de non-rétroactivité empêche que la loi nouvelle puisse s'appliquer à un droit acquis.

Ex. : A supposer qu'une loi nouvelle modifie les règles du droit des successions, elle ne saurait affecter les droits des héritiers sur les successions déjà ouvertes : ils sont titulaires de droits acquis sur une certaine fraction du patrimoine du défunt.

Aux droits acquis, on oppose les simples expectatives de droits...

**Les expectatives de droits** sont de simples espérances de droits, des droits éventuels qui ne sont pas encore entrés dans le patrimoine de leur titulaire. La loi nouvelle peut, sans être rétroactive, les affecter.

Ex. : Est, par exemple, titulaire d'une expectative de droit celui qui attend, avec plus ou moins d'impatience, l'ouverture d'une succession qui lui apporterait un substantiel enrichissement. Tant que la personne dont la succession ainsi espérée demeure en vie, l'héritier "potentiel" ne bénéficie que d'une expectative de droit. Si une loi nouvelle est votée en matière successorale, elle sera applicable à la succession qui s'ouvrira postérieurement à son entrée en vigueur.

Cette distinction a été critiquée, dans son esprit et dans sa technique.

– Dans son esprit, on a reproché à cette distinction d'exprimer l'individualisme libéral de la période révolutionnaire et de protéger de manière excessive les droits subjectifs des individus. En ne modifiant pas les droits acquis, on favorise le conservatisme et on freine le progrès car la loi nouvelle est présumée être meilleure que l'ancienne.

– Dans sa technique, car la frontière qui sépare les droits acquis des simples expectatives est assez floue.

Ex. : les couples mariés avant 1884 avaient-ils un droit acquis à ne pas divorcer ?

Aussi le problème des conflits de lois a-t-il été renouvelé à l'époque contemporaine par les travaux du **Doyen ROUBIER** (*Les conflits de lois dans le temps*, t. I 1929, t. II 1933, réédité en 1960 sous le titre, *Le droit transitoire*).

Sa construction doctrinale repose sur la notion de **situation juridique**, notion volontairement large au sein duquel il distingue deux phases :

- Leur constitution ou leur extinction, d'une part,
- Leurs effets, d'autre part.

A ces situations juridiques, l'auteur propose l'application combinée de deux principes.

- 1) Principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle (déjà visé par le Code civil)
- 2) Principe d'application immédiate de la loi nouvelle (que l'on peut, par une nouvelle lecture de l'article 2, rattacher à la première phrase).

En 1804, l'article 2 contenait une redondance à propos de la non-rétroactivité des lois. Le Doyen Roubier dissocie les deux phrases et érige chacune d'elles en un principe distinct. Principes qu'il convient d'étudier...

A. – Principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle

B. – Principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle

### **A. – Principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle**

- 1) Le contenu du principe
- 2) Les atteintes au principe

#### **1) Le contenu du principe de non-rétroactivité**

Ce principe s'exprime à travers deux règles.

**a) La loi nouvelle ne s'applique pas à la constitution ou à l'extinction de situations juridiques antérieures.**

Ex. : Un contrat a été valablement conclu sous l'empire de la loi ancienne. Une loi nouvelle exige l'accomplissement d'une formalité supplémentaire à peine de nullité.

⇒ cette loi nouvelle ne saurait remettre en cause les contrats antérieurement conclus sans l'accomplissement desdites formalités.

**b) La loi nouvelle ne s'applique pas aux effets déjà produits par une situation juridique née avant son entrée en vigueur.**

Ex. : Lorsqu'en 1938, la capacité juridique fut reconnue à la femme mariée, les actes qu'une femme avait accomplis seule avant 1938, sans le concours de son mari, étaient nuls et le demeuraient.

## **2) Les atteintes au principe de non-rétroactivité**

Ces atteintes sont au nombre de **trois**.

**a) Les lois expressément rétroactives** : le principe de non-rétroactivité n'étant pas consacré par la Constitution mais simplement par l'article 2 du Code civil, texte à valeur législative, le législateur peut décider d'y déroger.

Ex. : en matière fiscale...

**b) Les lois interprétatives** : une loi est interprétative lorsqu'elle a pour objet de préciser le sens d'une loi existante. Elle fait alors corps avec la loi interprétée et acquiert un effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur du premier texte.

**c) Les lois pénales plus douces** : la loi nouvelle, prévoyant une sanction moins sévère que la loi ancienne, s'applique aux délinquants qui ont commis l'infraction avant son entrée en vigueur mais n'ont pas encore été définitivement jugés. On parle de rétroactivité "*in mitius*". Elle est essentiellement fondée sur un souci d'humanité.

[A. – Principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle

[B. – Principe d'effet immédiat de la loi nouvelle

## **B. – Principe d'effet immédiat de la loi nouvelle**

Comme précédemment,

1) Le contenu du principe d'effet immédiat

2) Les atteintes au principe d'effet immédiat

### **1) Le contenu du principe d'effet immédiat**

Il se décompose, là aussi, en deux propositions.

**a) La loi nouvelle s'applique immédiatement à la constitution ou à l'extinction de situations juridiques postérieures à son entrée en vigueur.**

Ex. : Les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront soumis à celle-ci.

(Pb. : en matière de prescription.)

### **b) La loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur.**

Ex. : la loi de 1975 autorisant le divorce par consentement mutuel s'est appliquée, dès son entrée en vigueur, aux personnes mariées même avant cette date.

## **2) Les atteintes au principe d'effet immédiat**

\* Par exception, la loi nouvelle ne s'applique pas aux **contrats en cours**. Les effets d'un contrat sont en principe régis par la loi en vigueur au moment où il est conclu. C'est ce que l'on appelle parfois le principe de la **survie de la loi ancienne**.

Cette exception est destinée à assurer la sécurité des relations contractuelles. L'équilibre de la convention a, en effet, été déterminé en fonction des textes applicables au jour de sa conclusion, si bien que l'application ultérieure de nouvelles dispositions risquerait d'en rompre l'équilibre.

\* Par exception à la règle précédente, le législateur peut prévoir que la loi nouvelle s'applique immédiatement aux contrats en cours, ce qu'il fait assez fréquemment. Dans le silence de la loi, il arrive aussi que le juge décide de l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets d'un contrat en cours dès lors que la loi nouvelle revêt un caractère d'ordre public. Mais cette exigence d'ordre public n'est pas suffisante à justifier l'application immédiate de la loi nouvelle. Encore faut-il qu'il existe une "bonne raison" d'écarter la survie de la loi ancienne au profit d'une application immédiate de la loi nouvelle (*cf.* Mestre, *RTD civ.* 99, p. 379).

Ex. : C'est le cas, notamment, en matière de contrat de travail, où la nécessité d'uniformiser les situations contractuelles l'emporte sur le souci de respecter les prévisions des parties.

[§1. – L'application de la loi dans le temps

[§2. – L'application de la loi dans l'espace

## **§2. – L'application de la loi dans l'espace**

La loi française est en principe applicable à la totalité du territoire français y compris les départements et territoires d'outre-mer ainsi que certains lieux considérés comme territoires français (ex. : navire sous pavillon français).

Une réserve, toutefois, concerne l'Alsace-Lorraine qui dispose d'un certain nombre de dispositions propres, lointain vestige de leur soumission au Droit allemand entre 1871 et 1918. De la même manière, certaines dispositions ne concernent que certains DOM (v. art. 2489 et s. du Code civil concernant Mayotte).

Le problème de l'application de la loi dans l'espace se pose surtout en présence d'un élément d'extranéité : faut-il appliquer la loi française ou la loi étrangère ? La résolution de ces conflits de lois relève, nous l'avons vu, du droit international privé. Il n'est bien-sûr pas question d'étudier toutes les subtilités de cette matière réputée très complexe (étudiée en Master 1) mais simplement d'en fournir quelques grandes lignes directrices. (Solutions possibles / solutions retenues).

Pour résoudre les conflits de lois, deux systèmes peuvent être défendus.

**1) Le système de la territorialité des lois** repose sur l'idée que la loi doit s'appliquer uniformément sur le territoire de l'Etat qui l'a édictée sans tenir compte de la nationalité des personnes concernées.

- Par conséquent, la loi française sera appliquée à tous les litiges portés devant les juridictions françaises.
- Au contraire, seule la loi étrangère sera appliquée par les juridictions étrangères.

**2) Le système de la personnalité des lois** est fondé sur l'idée que la loi d'un Etat doit s'appliquer aux ressortissants de cet Etat, quelle que soit la juridiction appelée à connaître du litige.

- Selon ce système, la loi française s'applique à tous les litiges intéressant un français, que ce litige soit jugé en France ou à l'étranger.
- A l'inverse, la loi étrangère devra être appliquée par les juridictions françaises au litige intéressant un étranger.

Les solutions retenues en Droit français s'inspirent de ces deux systèmes.

**1) Il est fait application du système de territorialité des lois dans deux cas.**

**1<sup>er</sup> cas : Les lois de police et de sûreté.**

L'article 3 C. civ. dispose que "*les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire*". Ces lois s'appliquent donc à toutes les personnes se trouvant sur le territoire français, quelle que soit leur nationalité. Il s'agit notamment du droit pénal et, plus généralement de toutes les lois intéressant l'ordre public.

**2<sup>e</sup> cas : Les lois applicables aux immeubles**

L'article 3 C. civ. dispose que "*les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française*".

**2) Il est en revanche fait application du système de personnalité des lois à propos des "*lois concernant l'état et la capacité des personnes*" (art. 3 C. civ.). Ainsi, le "statut personnel" des français est régi par le Droit français, même lorsqu'ils résident à l'étranger.**

#####

[Sous-section I. – L'application de la loi (temps et espace)]

[Sous-section II. – La hiérarchie des lois]

## **Sous-section II. – La hiérarchie des lois**

La loi doit être ici comprise dans son sens matériel, comme toute règle de Droit écrite, qu'il s'agisse d'une loi au sens formel, de la Constitution, d'un traité international ratifié ou d'un décret pris par le Gouvernement.

Ces normes juridiques émanent d'autorités différentes et ont une autorité différente. Il existe une hiérarchie entre elles, en ce sens qu'elles ne se situent pas toutes au même rang. Cette hiérarchie a été systématisée par Kelsen (*cf. supra*, le positivisme étatique) et représentée sous la forme d'une *pyramide des normes*.

L'utilité d'une telle hiérarchie est déterminante dans la mesure où une norme de niveau inférieur ne peut déroger à une norme de niveau supérieur. Si contradiction il y a, la norme supérieure doit s'imposer.

Mais si cette hiérarchie existe, encore faut-il en assurer le respect ! Car, en pratique, un texte contraire à une norme de niveau supérieur continue à s'appliquer tant qu'une autorité compétente n'a pas constaté cette contrariété et retiré le texte de l'ordonnancement juridique.

Il convient donc de connaître le contenu de cette hiérarchie (§1) avant d'étudier les mécanismes destinés à en assurer le respect (§2).

§1. – Le contenu de la hiérarchie

§2. – Le respect de la hiérarchie

### **§1. – Le contenu de la hiérarchie**

Au sommet de la hiérarchie figure la Constitution...

## **I. – La Constitution du 4 octobre 1958**

La constitution est la charte fondamentale, émanant de l'autorité constituante, qui détermine les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement des Etats.

La Constitution de la V<sup>e</sup> République (plus exactement les règles ayant valeur constitutionnelles) ne comprend pas seulement les 92 articles qui la composent.

Depuis une décision célèbre du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel y a intégré son préambule et, par là même, les textes auxquels il renvoie, c'est-à-dire

1) la **DDHC** de 1789,

2) le **préambule** de la Constitution de 1946, lequel vise les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Mais si la Constitution évoque ces PFRLR, elle ne se prononce pas sur l'autorité habilitée à dégager de tels principes.



C'est le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, qui dégagera ces PFRLR au nombre desquels (7 ou 9 selon les auteurs) on compte : la liberté d'association (DC 16 juillet 1971), les droits de la défense (DC 2 décembre 1976), la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience (DC 22 juillet 1980), l'indépendance des professeurs d'université (DC 20 janvier 1984), la compétence des autorités judiciaires en matière de protection de la propriété immobilière (DC 25 juillet 1989)...

On se demande, toutefois, si les juridictions "ordinaires" (administratives et judiciaires) ne pourraient pas, elles aussi, dégager des PFRLR, c'est-à-dire des principes ayant valeur constitutionnelle. Un arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 1996 (Koné) est en ce sens. Le danger d'une telle multiplication des sources de normes constitutionnelles est le risque de contradiction et l'atteinte à la sécurité juridique qui en résulterait...

L'ensemble formé par la Constitution, son préambule, la DDHC, les PFRLR, constitue le "bloc de constitutionnalité".

Dans la pyramide de KELSEN, la Constitution représente la norme la plus élevée dans la hiérarchie. Elle se situe notamment juste au-dessus des traités internationaux. Mais cette supériorité de la Constitution sur les engagements internationaux n'est pas absolue et mérite d'être nuancée. Elle varie, en effet, selon que l'on se place du point de vue du droit international ou du droit interne.

**Du point de vue du droit international**, c'est même le principe inverse qui est retenu : celui de la primauté du droit international sur le droit national et, notamment, la Constitution. En effet, dans la logique internationaliste, "*un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international*" (CPIJ, 4 février 1932).

**Du point de vue du Droit interne**, au contraire, est reconnue la primauté de la Constitution sur les traités. On invoque, à cet égard, les dispositions de l'article 54 de la Constitution : "*si le Conseil constitutionnel... a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution*".

Ce texte implique, certes, que la Constitution peut être révisée en considération d'un traité international ; mais il signifie surtout qu'aucune ratification n'est possible tant que la révision n'a pas été opérée : la Constitution s'oppose donc à la ratification du traité, ce qui marque bien sa prééminence.

Ex. : On l'a vu avec le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 : le Conseil constitutionnel a jugé, le 9 avril 1992, que trois clauses de ce traité étaient contraires à la Constitution, subordonnant sa ratification à une révision constitutionnelle intervenue le 25 juin 1992.

Ex. : Plus récemment, la loi constitutionnelle du 4 février 2008 a modifié le titre XV de la Constitution, pour permettre la ratification du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Du point de vue du droit interne, la Constitution est donc supérieure aux traités parce que c'est elle qui détermine la place du droit international dans l'ordre juridique interne. C'est

en effet parce que la Constitution le prévoit, et aux conditions qu'elle fixe (ratification...), qu'un traité international trouve à s'appliquer en droit interne.

Le Conseil d'Etat a reconnu expressément ce point de vue de droit interne, dans l'arrêt Sarran du 30 octobre 1998. Il décide en effet que la suprématie des engagements internationaux sur les lois, reconnue par l'article 55 de la Constitution, "*ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle*". En d'autres termes, le Conseil d'Etat considère que les traités ne sont pas supérieurs à la Constitution, ce qui implique qu'il reconnait l'inverse, c'est-à-dire la primauté de la Constitution sur les traités.

## **II. – Les traités internationaux**

L'application en France d'un traité international est subordonnée à deux conditions.

**1<sup>re</sup> condition** : il doit avoir été ratifié, soit par le Président de la République (art. 52 Constit.), soit pour les plus importants par le Parlement (art. 53 Constit.).

**2<sup>e</sup> condition** : celle de réciprocité : le traité doit être appliqué par l'autre Etat (art. 55 Constit.). Mais cette condition de réciprocité est laissée à l'appréciation du Gouvernement, si bien que le juge ne saurait l'apprécier (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1984).

A ces deux conditions, les traités internationaux sont directement applicables et peuvent être invoqués devant les tribunaux français. Ils ont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois.

Parmi ces traités, deux méritent une attention particulière parce qu'ils occupent une place majeure : la CEDH et les traités fondateurs de l'Union européenne.

### **A. – La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)**

Adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974, la CEDH est le seul traité international de protection des droits de l'homme à organiser un contrôle juridictionnel de son application par les Etats.

La Cour européenne peut notamment être saisie d'une **requête** par toute personne qui se prétend victime d'une violation, par l'un des Etats signataires de la Convention, d'un droit garanti par le texte (droit à un procès équitable, protection de la vie privée...). Une telle requête n'est toutefois recevable que si le requérant a **épuisé les voies de recours** dont il dispose en droit interne. Le recours devant la CEDH n'intervient donc qu'au stade ultime de la procédure. La Cour pourra être amenée à constater la violation de la Convention par un Etat et à lui ordonner l'indemnisation de la victime.

Mais l'autorité des arrêts de la CEDH dépasse cette seule sanction : en pratique, la condamnation d'un Etat aboutit souvent à une modification de sa législation ou de sa jurisprudence destinée à la rendre compatible avec la Convention.

Ex. : En matière d'écoutes téléphoniques, la Cour de cassation avait admis que le juge d'instruction pouvait librement décider d'y recourir (Ass. Plén., 24 novembre 1989). Suite à la condamnation de la France par la CEDH le 24 avril 1990, au nom de la protection de la vie privée, la Cour de cassation est revenue sur sa position en

précisant les conditions strictes permettant au juge d'instruction de procéder à des écoutes téléphoniques (= nécessaires pour prévenir une infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et respect du principe du contradictoire).

Ex. : En matière de transsexualisme, La Cour de cassation a longtemps refusé de modifier l'état civil d'une personne atteinte du syndrome du transsexualisme et ayant subi un traitement médico-chirurgical la rapprochant du sexe opposé. La CEDH, dans une décision du 25 mars 1992, a estimé que ce refus portait atteinte à la vie privée de la personne en l'obligeant à révéler aux tiers des informations personnelles la concernant. Dans un arrêt du 11 décembre 1992, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement admis que l'état civil indique le sexe dont la personne a pris l'apparence.

Ex. : En matière successorale, l'article 760 du Code civil accordait, jusqu'à une date récente, à l'enfant adultérin la moitié de la part successorale qu'il aurait reçue s'il avait été légitime. Faits : Mme **Mazurek** a deux enfants : l'un est légitime, l'autre adultérin. Mme Mazurek décède. L'enfant légitime prétend appliquer l'article 760 du Code civil à son demi-frère adultérin afin, non pas de partager la succession en deux parts égales mais afin de récupérer les 3/4 de celle-ci. L'enfant adultérin refuse et saisit les tribunaux. La Cour de cassation, le 25 juin 1996, lui donne tort au motif (simplifié) que la CEDH ne concerne pas la vocation successorale. Saisine de la Cour européenne à Strasbourg : le **1<sup>er</sup> février 2000**, la France est condamnée pour discrimination injustifiée à l'égard des enfants adultérins. La loi du **3 décembre 2001** abroge l'article 760 du Code civil.

## **B. – Le droit de l'union européenne**

Il convient de distinguer les traités fondateurs (1) du droit communautaire dérivé (2).

### **1) Les traités fondateurs**

Le droit communautaire est issu des Communautés européennes qui trouvent leur origine dans trois traités :

- Traité de Paris du 25 juillet 1952 qui fonde la CECA (Charbon et Acier)
- Traités de Rome du 25 mars 1957 instituant la CEEA (Energie atomique) et surtout la CEE.

Ces traités ne liaient au départ que 6 Etats : France, Italie, Allemagne fédérale, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas. Y ont ensuite adhéré :

En 1973, la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark

En 1981, la Grèce

En 1986, l'Espagne et le Portugal

En 1995, l'Autriche, la Finlande et la Suède.

En 2004 : Chypre, République tchèque, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, Slovénie.

En 2007 : Bulgarie, Roumanie.

En 2013 : Croatie

En 2020, l'Union européenne compte 27 Etats.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021, elle n'en comptera plus que 26 en raison du Brexit.

La Communauté européenne avait une finalité *économique* (assurer la réalisation d'un marché unique) ; l'Union européenne va plus loin en poursuivant une finalité *politique*.

Cette évolution s'est traduit dans les vocables utilisés pour désigner la production normative européenne. On ne parle plus de droit communautaire mais de **droit de l'Union européenne**.

Les institutions de l'Union européenne sont :

- Le Parlement européen qui, contrairement à son homologue national, ne dispose pas de l'ensemble du pouvoir législatif. Son rôle, bien qu'accru depuis 1993, est essentiellement consultatif.
- Le Conseil de l'Union européenne, composé de ministres de chaque Etat siégeant selon l'ordre du jour, est investi de l'essentiel du pouvoir législatif.
- La Commission européenne, composée de "commissaires" européens indépendants des Etats membres, assume l'essentiel de la fonction exécutive.
- Enfin, le Conseil européen, ( ≠ Conseil de l'Union) composé des chefs d'Etat et de Gouvernement, est chargé de définir les orientations politiques générales.

A la différence des organisations internationales classiques, l'Union européenne est directement source de droit interne. En acceptant d'entrer dans l'Union, l'Etat renonce à une partie de sa souveraineté et accepte un transfert de compétences au profit des institutions européennes.

Le droit de l'Union européenne est donc composé des traités fondateurs (droit communautaire *originaire*) et du droit de l'Union *dérivé* (sous-entendu des traités) issu des institutions de l'Union européenne.

## **2) Le droit de l'Union dérivé des traités**

Ce droit dérivé comprend trois catégories de normes.

- **Le règlement** est une norme de portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre.
- **La directive** lie les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux Etats la compétence quant à la forme et aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif fixé.

En n'imposant des obligations qu'aux Etats, la directive n'a, en principe, aucun effet direct, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas directement en France : cette application est en principe subordonnée à une loi de transposition qui, dans le délai imparti par la directive, opère le choix des moyens destinés à atteindre l'objectif imposé.

Par exception, une directive acquiert un **effet direct** lorsque le délai imparti à l'Etat pour opérer la transposition a expiré et que ses dispositions sont suffisamment précises pour être directement appliquées. Dans ces conditions, un particulier peut, devant une juridiction nationale, invoquer la directive non encore transposée dans un litige l'opposant à l'Etat (= *effet direct vertical*). Elle ne saurait, en revanche, s'en prévaloir à l'encontre d'un autre particulier (= *effet direct horizontal*). Cet effet direct exceptionnel est en effet analysé comme une **sanction** à l'encontre de l'Etat défaillant. Par ailleurs, l'Etat défaillant peut être condamné à réparer le préjudice causé par la non-transposition d'une directive (CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*).

En cas de doute sur l'applicabilité directe d'un texte ou son interprétation, les juridictions nationales peuvent s'adresser à la **CJCE**, par le biais d'une "**question préjudicielle**" (art. 234 TCE, ex.-177), juridiction communautaire chargée, notamment, d'assurer l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire.

– **La décision** est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne, Etats ou particuliers. Elle n'a pas de portée générale en ce sens qu'elle n'intéresse que les personnes qu'elle désigne.

[I. – La Constitution

[II. – Les traités internationaux

### **III. – Les lois organiques**

Les lois organiques sont votées par le Parlement pour préciser ou compléter la Constitution. Elles ne peuvent intervenir que dans certaines matières limitativement énumérées par la Constitution (art. 6, modalités de l'élection présidentielle) et obéissent à une procédure d'adoption particulière (art. 46, soumises obligatoirement, avant leur promulgation, au contrôle du Conseil constitutionnel).

[I. – La Constitution

[II. – Les traités internationaux

[III. – Les lois organiques

### **IV. – Les normes à caractère législatif et réglementaire**

Avant 1958, le domaine de la loi était illimité ; la compétence de principe appartenait au législateur. Les règlements, c'est-à-dire les décrets, étaient seulement destinés à permettre l'application des lois ; le Gouvernement n'avait donc qu'une compétence subsidiaire.

La Constitution du 5 octobre 1958 a bouleversé la répartition des compétences entre le Parlement et le Gouvernement.

Désormais, la compétence de principe appartient au pouvoir réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution. Le domaine de la loi est au contraire limitativement fixé par l'article 34, lequel distingue deux domaines.

– **Le domaine réservé** au Parlement, dans lequel la loi fixe les règles des matières visées : nationalité, état et capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions, procédure pénale, détermination des crimes et délits, assiette, taux et modalités de l'impôt...

– **Le domaine partagé** entre les pouvoirs législatif et réglementaire dans lequel la loi ne fixe que les "principes fondamentaux" : enseignement, propriété, droit du travail, sécurité sociale...

Il convient donc de distinguer les règlements pris pour l'application d'une loi dans les matières énumérées à l'article 34, qui sont subordonnés à cette loi, et les règlements autonomes, intervenant dans les autres matières et qui, par application de l'article 37, relèvent exclusivement du pouvoir réglementaire.

Les décrets autonomes se situent au même niveau hiérarchique que les lois. Ce sont eux qui sont visés dans cet intitulé.

Les décrets d'application sont hiérarchiquement inférieurs aux lois (*cf. infra* intitulé suivant).

Les normes figurant à ce niveau de la hiérarchie se répartissent donc en deux catégories : les lois et les règlements. Mais il convient de sous-distinguer.

### 1) Parmi les lois, on distingue :

– Les lois ordinaires, c'est-à-dire les lois au sens formel (émanant du Parlement) ;  
– Les lois référendaires prises en application de l'article 11 de la Constitution, qui autorise le Président de la République à soumettre au référendum un certain nombre de projets de lois.

### 2) Parmi les règlements, on distingue :

– Les décrets pris en application de l'article 37. On les classe en trois catégories : les décrets simples signés par le 1<sup>er</sup> Ministre et les ministres concernés; les décrets délibérés en Conseil des ministres qui sont signés par le Président de la République et tous les ministres, et, les décrets en Conseil d'Etat pris après avis du Conseil d'Etat.

– Les décisions du Président de la République prises en vertu de l'article 16 de la Constitution qui lui confère des pouvoirs exceptionnels en temps de crise ;

– Les ordonnances prises sur habilitation du Parlement conformément à l'article 38 de la Constitution. Ce texte permet au Parlement d'habiliter le Gouvernement à prendre des mesures, pendant une durée limitée, dans des matières qui relèvent normalement du domaine de la loi.

Le problème se pose, en pratique, du respect de la répartition des compétences entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif, entre ce qui relève de l'article 37 et ce qui relève de l'article 34. Il convient d'éviter l'empiétement entre les domaines respectifs de la loi et du

règlement. La Constitution prévoit des mesures de protection, qu'il s'agisse de protéger le domaine réglementaire contre un empiètement législatif ou le domaine législatif contre un empiètement réglementaire.

### ➤ **La protection du domaine réglementaire contre un empiètement législatif**

Il existe une protection *a priori* et une autre *a posteriori* (cf. Aubert, n° 83 et s.)

- **Protection *a priori***

Elle est assurée par la procédure dite d'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution.

Le Gouvernement peut s'opposer au vote d'une proposition de loi qu'il considère empiéter sur son domaine réservé. Cette procédure ne s'applique qu'aux propositions de lois (texte émanant d'un ou plusieurs parlementaires) et non aux projets de lois (texte d'initiative gouvernementale déposé par le 1<sup>er</sup> Ministre). Si le Président de l'Assemblée saisie (Ass. Nat. ou Sénat) s'y oppose, la question est portée devant le Conseil constitutionnel.

- **Protection *a posteriori***

C'est la procédure de la délégalisation visée par l'article 37 al. 2 de la Constitution.

Une fois la loi votée et promulguée, le 1<sup>er</sup> Ministre peut saisir le Conseil constitutionnel pour lui faire déclarer la nature réglementaire de la disposition légale critiquée. Cette nature reconnue, un décret permettra de modifier ou d'abroger le texte.

### ➤ **Protection du domaine législatif contre les empiètements réglementaires**

La Constitution ne prévoit aucune procédure particulière mais le Parlement peut toujours voter une loi modifiant ou abrogeant le décret irrégulièrement pris dans une matière relevant de la seule compétence législative. Par ailleurs, le décret est toujours soumis au *contrôle de légalité et de constitutionnalité* qu'exerce le Conseil d'Etat (cf. *infra*).

- [I. – La Constitution
- [II. – Les traités internationaux
- [III. – Les lois organiques
- [IV. – Les normes à caractère législatif et réglementaires

## **V. – Les décrets d'application des lois**

Ce sont les décrets destinés à préciser les conditions d'application des lois. Ils leur sont subordonnés (cf. *supra*).

## **VI. – Les arrêtés**

Les arrêtés fixent les mesures d'application concrète des lois et des décrets. On les distingue selon leur auteur :

- Arrêtés interministériels, (signés par deux ou plusieurs ministres)
- Arrêtés ministériels, (pris par un seul ministre)
- Arrêtés préfectoraux (émanant du préfet dans le cadre du département)
- Arrêtés municipaux (pris par le maire au niveau de la commune).

### Enfin, il convient de dire quelques mots des textes qui se situent hors hiérarchie parce qu'ils ne sont pas obligatoires mais sont parfois considérés comme tels.

## **VII. – Les textes hors hiérarchie**

### **A. – Les circulaires ministérielles**

= documents émanant d'un ministre ayant pour objet d'expliquer une loi ou d'un règlement.

Elle ne fait qu'exprimer la position du ministre et, plus généralement de l'Administration, sur l'interprétation d'une loi ou d'un décret. Mais elle n'a aucune force obligatoire sauf à l'égard des fonctionnaires du ministre auteur de la circulaire.

### **B. – Les réponses ministérielles**

= réponse apportée par un ministre à une question qui lui est posée par un parlementaire.

Elle n'a pas davantage de force obligatoire qu'une circulaire et ne s'impose même pas aux fonctionnaires dépendant du ministère concerné sauf en matière fiscale. La réponse ministérielle a une autorité comparable à celle de la jurisprudence (*cf.* sur ce rapprochement, *RTD civ.* 98, p. 216).

### **C. – Les avis**

De nombreuses autorités administratives indépendantes exercent aujourd'hui un rôle croissant dans l'élaboration du Droit.

Qu'il s'agisse du Comité national d'éthique, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), de la Commission des clauses abusives... leur mission est essentiellement consultative et s'exerce à travers des avis qui ne constituent pas des normes juridiques.

Cependant, il convient de ne pas négliger l'influence très forte que peuvent avoir ces avis sur l'élaboration des lois et des décisions de Justice.

#####

[§1. – Le contenu de la hiérarchie



## **§2. – Le respect de la hiérarchie**

Le respect de la hiérarchie des normes s'exerce soit de manière préventive, en évitant l'apparition d'une norme qui serait contraire à celle qui lui est supérieure (I.), soit de manière correctrice, en supprimant de l'ordonnancement juridique les normes contraires à celles qui leur sont supérieures (II.).

I. – Le contrôle *a priori*

II. – Le contrôle *a posteriori*

### **I. – Le contrôle *a priori***

Il s'agit d'assurer :

A. – La conformité des traités à la Constitution

B. – La conformité des lois à la Constitution

C. – La conformité du droit de l'Union dérivé à la Constitution

### **A. – La conformité des traités à la Constitution**

Ce contrôle est assuré par le Conseil constitutionnel en vertu de l'article **54** de la Constitution (déjà rencontré).

*"Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le 1<sup>er</sup> Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par 60 députés ou 60 sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier... ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution".*

C'est cette procédure qui a été suivie à propos du Traité de Maastricht à propos duquel le Président de la République avait saisi le Conseil constitutionnel (*cf. supra*).

### **B. – La conformité des lois à la Constitution**

En vertu de l'article 61 de la Constitution, une loi votée par le Parlement peut être déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation pour que soit vérifiée sa conformité à la Constitution.

– Une loi déclarée inconstitutionnelle ne pourra pas être promulguée.

– Une loi déclarée conforme à la Constitution sera promulguée et ne pourra jamais voir sa constitutionnalité remise en cause par les tribunaux car les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent *"aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles"* (art. 62 al. 2 Const.).

## **C. – La conformité du droit de l'Union dérivé à la Constitution**

Le Conseil constitutionnel estime que les normes du droit de l'Union dérivées, ne pouvant entrer dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, ne peuvent lui être soumises et échappent donc à son contrôle (DC, 30 décembre 1977). Elles bénéficient ainsi d'une "*immunité constitutionnelle*", ce qui est critiquable... au point qu'en 1996, MM. Mazeaud et Pasqua avaient déposé une proposition de révision constitutionnelle prévoyant la possibilité de déférer au Conseil constitutionnel un projet d'acte communautaire dans les conditions de l'art. 54, projet qui a fait long feu...

D'où un PB : *quid* d'une loi se bornant à transposer une directive ?

Le problème s'est posé à propos de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive européenne "commerce électronique" du 8 juin 2000. Le Conseil fut placé devant une alternative :

- soit il faisait semblant d'ignorer le droit de l'Union et se prononçait directement sur la constitutionnalité de la loi,
- soit il prenait en considération les exigences du droit de l'Union et il lui appartenait de se prononcer sur les rapports entre le droit de l'Union dérivé et la Constitution.

La première branche de l'option avait le mérite de la simplicité mais n'était guère réaliste puisque la directive aurait fini par acquérir un effet direct dans l'ordre interne. Le Conseil prenait ainsi le risque de se marginaliser.

C'est pourquoi la seconde branche fut préférée : Dans sa **décision du 10 juin 2004**, n° 2004-496 DC, le Conseil constitutionnel a confirmé, quoique de façon ambiguë, sa position : se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution selon lequel la France participe à la Communauté et à l'Union européenne, il considère **qu'en transposant en droit interne une directive communautaire, le législateur ne fait que répondre à une exigence du droit communautaire qui s'impose à lui en vertu d'une règle constitutionnelle**. Dès lors que la loi de transposition ne fait que reprendre les dispositions de la directive, le Conseil se refuse donc à en contrôler la constitutionnalité car ce serait examiner la constitutionnalité de la directive elle-même. Or le contrôle de la régularité d'une directive appartient à la CJCE comme l'a décidé depuis longtemps cette Cour.

La CJCE, dans l'arrêt Costa du 15 juillet 1964, a estimé que "*les règles constitutionnelles ne sauraient affecter la validité d'un acte communautaire, sinon son unité et son efficacité seraient remises en cause en raison des divergences entre les Etats*". La protection des droits fondamentaux est donc assurée directement par la CJCE qui se réfère aux "*traditions constitutionnelles communes aux Etats membres*". Par conséquent, une règle communautaire contraire à un principe constitutionnel français pourra s'imposer en droit français dès lors que ce principe n'est pas "commun" à tous les Etats membres !

####

[I. – Le contrôle a priori

## **II. – Le contrôle a posteriori**

Ce contrôle concerne les règlements (A.), la loi (B.), les traités (C.).

## **A. – Le contrôle des règlements**

On appelle ce contrôle, celui de la **légalité des règlements**.

Il s'agit d'assurer une double conformité :

- Conformité des décrets d'application à la loi
- Conformité des décrets autonomes à la norme qui leur est supérieure, c'est-à-dire la Constitution.

Ce contrôle s'opère selon deux mécanismes : le recours en annulation pour excès de pouvoir (1) et l'exception d'illégalité (2).

### **1) Le recours en annulation pour excès de pouvoir**

#### **\* Conditions**

- Qui peut agir ?  
= toute personne justifiant d'un intérêt.
- Devant qui ?  
= les juridictions administratives : Conseil d'Etat s'il s'agit d'un décret, tribunal administratif s'il s'agit d'un arrêté.
- Dans quel délai ?  
= deux mois à compter de la publication du texte.

\* **Effets** : le texte entaché d'illégalité est annulé, c'est-à-dire qu'il est censé n'avoir jamais existé.

### **2) L'exception d'illégalité**

Lorsque l'Administration prétend appliquer un règlement à un particulier, celui-ci peut s'y opposer en faisant valoir son illégalité.

Aucun délai n'est requis, l'exception est dite "perpétuelle".

Si le juge reconnaît cette illégalité, le règlement n'est pas pour autant annulé (≠ recours pour excès de pouvoir) ; il est simplement déclaré inapplicable au justiciable concerné.

## **B. – Le contrôle de la loi**

Ce contrôle s'organise à l'égard des traités internationaux (1), du droit de l'Union dérivé (2) et de la constitution (3).

### **1) La conformité de la loi aux traités internationaux**

L'article 55 de la Constitution reconnaît la suprématie des traités internationaux sur les lois.

– Si un traité ratifié entre en contradiction avec une loi nationale antérieure, on considère que le traité abroge implicitement cette loi.

– Mais que se passe-t-il si une loi postérieure à un traité est promulguée alors que certaines de ses dispositions sont contraires à ce traité ?

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 15 janvier 1975, s'est déclaré incompétent pour apprécier la conformité d'une loi à un traité. Son argument est de dire que une loi pourrait être contraire au traité sans pour autant être contraire à la Constitution. Il lui était demandé, en l'espèce, de vérifier la conformité de la loi sur l'**IVG** au regard de l'article 2 de la CEDH qui garantit le "*droit de toute personne à la vie*".

Implicitement, le Conseil constitutionnel invite les autres juridictions à opérer ce contrôle, mais *a posteriori*.

La **Cour de cassation**, dans un arrêt rendu en Chambre mixte le 24 mai 1975 (arrêt **Jacques Vabre**), accepte de vérifier la "conventionnalité" d'une loi et fait prévaloir un traité (en l'occurrence le Traité de Rome) sur une loi postérieure contraire.

Le **Conseil d'Etat** a longtemps refusé d'exercer un tel contrôle au nom du principe de la séparation des pouvoirs : ce serait en effet permettre au pouvoir judiciaire de contrôler le pouvoir législatif (en ce sens, CE, 1<sup>er</sup> mars 1968 : *Fabricants de semoules de France*).

Le Conseil d'Etat a finalement accepté d'exercer ce contrôle de "conventionnalité" des lois, dans l'arrêt **Nicolo** du 20 octobre 1989, estimant que l'article 55 de la Constitution (qui reconnaît la supériorité des traités sur les lois) comporte nécessairement une habilitation des juges à contrôler la conformité des lois aux traités.

Pb. : en acceptant d'exercer ce contrôle *a posteriori* de la conformité des lois aux traités, les juridictions judiciaires et administratives soulèvent un problème lorsque la loi a été préalablement déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. La hiérarchie des normes ne devrait pas permettre qu'une loi, reconnue conforme à la Constitution, puisse être déclarée contraire à un traité, alors que le traité est lui-même subordonné à la Constitution (*cf.* N. Molfessis, *RTD civ.* 99, p. 239s.). Ce qui conduit à relativiser quelque peu la hiérarchie des normes *supra*-législatives...

## **2) La conformité de la loi au droit de l'Union dérivé**

Hypothèse : Une directive ou un règlement est pris dans un domaine déterminé. Ultérieurement, l'Etat prend une mesure législative ou réglementaire contraire à la norme européenne.

La CJCE a décidé, dans l'arrêt **Simmenthal** du 9 mars 1978 que "*le juge national chargé d'appliquer le droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de droit*".

*national, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci".*

Autrement dit, les juges nationaux doivent, d'eux-mêmes, écarter toute disposition nationale contraire au droit de l'Union européenne, **même postérieure**.

### **3) La conformité de la loi à la constitution**

La question prioritaire de constitutionnalité est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

Avant la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 entrée en vigueur en mars 2010, il n'était pas possible de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Désormais, les justiciables jouissent de ce droit en vertu de l'article 61-1 de la Constitution.

### Le contrôle *a posteriori* concerne les règlements (A.), la loi (B.) et les traités (C.).

### **C. – Le contrôle des traités internationaux**

C'est l'un des problèmes les plus délicats de la hiérarchie des normes parce qu'il se situe à la frontière du droit national et du droit international. Il s'agit en effet d'envisager le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux déjà ratifiés.

On a vu que l'article 54 de la Constitution organise un contrôle par le Conseil constitutionnel, préalable à la ratification. Mais ce contrôle n'est pas systématique, si bien que des traités régulièrement ratifiés peuvent s'avérer contraires à la Constitution. Le résultat est que, de fait, le droit international prévaut sur le droit constitutionnel national, ce qui remet en cause la hiérarchie des normes telle qu'on l'a étudiée. D'où l'opportunité d'organiser un contrôle *a posteriori* permettant d'écarter l'application d'un traité inconstitutionnel.

A l'heure actuelle, la Cour de cassation n'y paraît pas favorable. Le Conseil d'Etat, en revanche, pourrait n'y être pas hostile : deux décisions inclinent à le penser.

Dans l'arrêt ***Koné***, en date du 3 juillet 1996, le Conseil d'Etat accepte d'interpréter un traité conformément à la Constitution. Il ne s'agit certes pas de faire prévaloir la Constitution sur le traité contraire, mais seulement d'interpréter celui-ci à la lumière de celui-là.

Dans l'arrêt Sarran, rendu le 30 octobre 1998, le Conseil d'Etat refuse de contrôler la "conventionnalité" d'une disposition constitutionnelle en se fondant sur la primauté de la Constitution sur les Traités. Il n'est pas interdit d'en déduire que, sur le fondement de cette supériorité de la Constitution, le Conseil d'Etat accepte un jour de contrôler la constitutionnalité d'un traité déjà entré en vigueur et décide de l'écarter s'il le reconnaît inconstitutionnel.

Un tel contrôle *a posteriori* présenterait l'avantage de garantir une conformité des traités à la Constitution alors même que le Conseil constitutionnel n'aurait pas été préalablement saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution.

Mais ce contrôle *a posteriori* aurait pour inconvénient de rendre incertaine l'application, dans l'ordre juridique interne, du droit international.

#####

[Section I. – La source écrite : la loi

[Section II. – La source non écrite : la coutume

## **Section II. – La source non écrite : la coutume**

Alors qu'elle occupait une place importante dans l'Ancien Droit, en particulier dans la moitié nord de la France, la coutume a bien failli disparaître des sources du Droit par la loi de promulgation du Code civil du 21 mars 1804 abolissant toutes les dispositions de l'Ancien Droit. Elle n'occupe aujourd'hui qu'une place réduite qu'il conviendra d'apprécier (§2) une fois la notion définie (§1).

§1. – La notion de coutume

§2. – Le rôle de la coutume

### **§1. – La notion de coutume**

I. – Définition

II. – Manifestations

#### **I. – Définition**

La coutume est traditionnellement définie par la réunion de deux éléments un élément matériel et un élément psychologique.

**L'élément matériel** consiste en une suite d'actes répétés, une pratique constante. C'est la répétition d'un comportement. La coutume s'inscrit donc dans le temps et procède généralement d'un usage ancien.

**L'élément psychologique** consiste en la croyance dans le caractère obligatoire de l'acte (= *opinio necessitatis*). Cet élément confère à la coutume sa force obligatoire et permet de la distinguer du simple usage social, non obligatoire, comme les règles de politesse ou la pratique

des pourboires... Un usage peut donc se métamorphoser en coutume par la croyance de son caractère obligatoire, si bien que la distinction entre usage (non obligatoire) et coutume (obligatoire) s'avère parfois malaisée.

## **II. – Manifestations**

– La coutume découle souvent de la pratique, c'est-à-dire de la manière d'agir des sujets de droits. Ainsi se sont créées de nombreuses coutumes en droit commercial, nées de la pratique des commerçants, qui ne figurent dans aucun texte de lois.

Ex. : compte-courant

– La coutume apparaît aussi à travers les adages du droit qui sont des formules d'origine ancienne qui expriment une règle de droit coutumière. Certains sont repris par des textes de lois (*ex.* : 2279) mais la plupart ont une autorité qui leur est propre (*ex.* : *specialia generalibus derogant*).

L'admission de la coutume comme source de droit est discutée en doctrine ; elle présente des avantages et des inconvénients :

Avantages : parce qu'elle est par nature évolutive, la coutume est plus souple que la loi qui, d'une certaine façon, fige le droit (rapp. Ecole historique allemande de Savigny).

Inconvénients :

– L'élaboration de la coutume est longue ; or, le rythme d'évolution de nos sociétés contemporaine exige des adaptations rapides que seule la loi peut offrir.

– Le Droit devient de plus en plus technique ; or la coutume répond mal à ce besoin de précision.

– La preuve de la coutume est souvent délicate : elle peut être prouvée par tous moyens : témoignages, avis d'experts, attestations d'organismes professionnels (appelés "parères" en matière commerciale, notamment bancaire). Par ailleurs, de nombreux organismes professionnels fixent par écrits des codes de bonne conduite, codes de déontologie... applicables à telle ou telle profession.

Il appartient au juge d'apprécier la valeur probante des éléments qui lui sont présentés et d'apprécier l'existence et le contenu de la coutume alléguée.

[§1. – La notion de coutume

[§2. – Le rôle de la coutume

## **§2. – Le rôle de la coutume**

La coutume est dotée d'une force obligatoire qui lui est propre ; elle constitue en cela une source formelle du droit. Mais son autorité n'est pas aussi forte que celle de la loi. Il faut, pour s'en convaincre, étudier les rapports pouvant exister entre la coutume et la loi, selon que la première est ou non contraire à la seconde.

I. – La coutume selon la loi

II. – La coutume à côté de la loi

II. – La coutume contre la loi

## **I. – La coutume selon la loi**

= coutume *secundum legem*

Dans certains cas, la coutume se voit reconnaître un rôle par loi.

Celle-ci renvoie parfois expressément à la coutume lorsqu'elle commande aux juges d'interpréter le contenu des contrats à la lumière des usages (art. 1135 et 1159) ou lorsqu'elle autorise les corridas ou les combats de coq dans les endroits où existe une "*tradition locale ininterrompue*".

Parfois, ce renvoi à la coutume par la loi est implicite : tel est le cas, par exemple, de l'appréciation confiée aux juges des "*bonnes mœurs*" (art. 6).

## **II. – La coutume en l'absence de loi**

= coutume *praeter legem*

La coutume s'établit ici dans le silence de la loi dans le but d'en combler les lacunes.

Ex. : coutume selon laquelle la femme mariée prend le nom de son mari

Ex. : en matière de relations commerciales internationales, on évoque une "*lex mercatoria*", une loi des marchands d'origine coutumière...

## **III. – La coutume contre la loi**

= coutume *contra legem*

La coutume, ici, s'oppose à la loi. Le peut-elle ? Poser cette question revient à s'interroger sur l'éventuelle abrogation de la loi par désuétude, c'est-à-dire par le non-usage : le non-usage coutumier d'une règle légale peut-il emporter abrogation de la loi et anéantir son caractère obligatoire ?

Il convient de distinguer selon que la loi à laquelle s'oppose la coutume est supplétive ou impérative.

– **La règle de droit est supplétive** lorsqu'elle peut être écartée par la volonté contraire des individus, notamment par contrat. Supplétives car elles suppléent au silence des parties. Ces règles s'appliquent lorsque les parties n'ont rien prévu.

Ex. : Si l'on se marie sans conclure de contrat de mariage, la loi a prévu un régime légal. Mais il est permis d'y déroger en concluant un contrat de mariage devant notaire.

Ainsi, l'abrogation par la coutume d'une loi supplétive est possible puisque les parties à un contrat peuvent décider de l'écarter. Ce que deux personnes peuvent faire par contrat, un groupe peut le décider par voie de coutume. Il suffit de considérer que les contractants se sont référés à la coutume pour décider qu'ils ont implicitement rejetés la loi supplétive.

- **La règle de droit est impérative** lorsqu'elle s'impose avec une force absolue empêchant les individus de l'écarter par une disposition particulière. On dit que la règle est d'ordre public car son respect est indispensable au maintien de l'ordre dans la société. Le



principe en est formulé à l'article 6 C. civ. : "*On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*".

Exemple : l'interdiction de la bigamie, l'interdiction du vol, du meurtre...

L'abrogation d'une loi impérative est, en principe, impossible. Le juge ne saurait faire prévaloir un usage prolongé sur une loi d'ordre public. Par conséquent, la coutume *contra legem* n'a aucune force obligatoire ; elle n'est pas une règle de droit.

En pratique, cependant, il est des lois impératives qui demeurent inappliquées : bien que théoriquement toujours en vigueur, personne ne songe à les appliquer (ex. : condamnation pénale de l'avortement avant 1975).

Parce que la loi et la coutume sont souvent muettes ou ambiguës, il convient de faire appel à la jurisprudence et à la doctrine. Leur qualité de source de droit est vivement discutée. Elles ne constituent pas des sources formelles de droit en ce que l'autorité qui les secrète n'a pas compétence pour créer des règles de droit générales et impersonnelles. Pour autant, doctrine et surtout jurisprudence peuvent avoir une autorité considérable et constituer à ce titre des sources réelles de droit que l'on qualifiera d'informelles.

## Leçon 5 – LES SOURCES INFORMELLES DU DROIT

Parce qu'elles ne créent pas véritablement de règles de droit, générales et impersonnelles, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas des sources formelles. Pour autant, elles contribuent largement à préciser le Droit et, en cela, leur autorité peut être considérable.

Section I. – La jurisprudence

Section II. – La doctrine

### Section I. – La jurisprudence

Le terme de jurisprudence est riche de significations : il peut désigner l'ensemble des décisions de justice considérées, non pas en elles-mêmes, mais en ce qu'elles apportent des solutions aux problèmes que posent les incertitudes ou les lacunes de la loi. Il s'agit, au fond, de l'habitude des tribunaux de trancher une question d'une certaine manière.

C'est en ce sens que l'on parle de jurisprudence constante ou de revirement de jurisprudence.

Dès l'instant, qu'à un problème donné, les tribunaux apportent une réponse constante, cette solution jurisprudentielle acquiert une **autorité** car il y a tout lieu de penser, qu'à l'avenir, les tribunaux jugeront de la même façon. Cette autorité ne conduit-elle pas à reconnaître en la jurisprudence une véritable source de droit ? Cette question est largement débattue en doctrine. Elle invite à s'interroger sur les **fonctions** de la jurisprudence.

S'interroger sur la jurisprudence en tant que source de droit suppose d'examiner les arguments en présence (§1) avant d'étudier les manifestations du rôle créateur de la jurisprudence (§2).

§1. – La discussion du rôle de la jurisprudence

§2. – Les manifestations du rôle de la jurisprudence

### §1. – La discussion du rôle de la jurisprudence

I. – Arguments **contre** l'identification de la jurisprudence comme source de droit

II. – Arguments **pour** l'identification de la jurisprudence comme source de droit

#### I. – Arguments contre

1) Le principal argument est celui de la **séparation des pouvoirs**, en particulier législatif et judiciaire : en vertu de ce principe, il est interdit aux juges de s'immiscer dans la fonction législative en posant des règles d'ordre général, c'est-à-dire des règles qui auraient force de loi. Principe à valeur constitutionnelle, il est exprimé à l'article 16 de la DDHC : "*Toute société*

*dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution".*

Echo de ce principe, **l'article 5 du Code civil** dispose : "*Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". Par ce texte, les rédacteurs du Code civil ont entendu prohiber les arrêts de règlements, c'est-à-dire les décisions qui posent une solution générale devant s'appliquer pour l'avenir à tous les litiges semblables.

De tels arrêts de règlements étaient, autrefois, fréquemment rendus par les Parlements de l'Ancien Régime qui étaient des Cours de justice souveraines exerçant leur autorité sur un territoire correspondant approximativement à une région : parlements de Paris, de Bretagne... Ces Parlements rendaient des arrêts qui n'étaient pas applicables seulement à un cas déterminé, mais établissaient une règle qui, par la suite, devait être appliquée à tous les cas analogues. D'un côté, ces arrêts contribuaient à une certaine unification du droit coutumier en fixant la coutume régionale mais, de l'autre, les Parlements faisaient souvent obstacle aux tentatives d'unification nationale en refusant d'appliquer (plus précisément d'enregistrer, ce qui en interdisait l'application) les Ordonnances royales.

Depuis la Révolution, le pouvoir judiciaire est cantonné dans la solution de litiges particuliers : le juge ne peut dire, à l'avance, qu'il statuera toujours de telle manière à l'avenir sur une question donnée. A cet égard, Robespierre affirmait que le mot de jurisprudence devait être effacé de notre langue parce que, au fond, la jurisprudence n'est rien d'autre que la loi. C'est donc bien souvent, hier comme aujourd'hui, la crainte d'un Gouvernement des juges qui expliquent le refus de voir dans la jurisprudence une source de droit.

Cette prohibition des arrêts de règlement n'interdit pas pour autant au juge d'énoncer un principe général d'où il déduit sa décision, dès lors que ce principe n'a pas de caractère obligatoire en dehors de l'espèce jugée... ce qui conduit au deuxième argument.

**2) Le principe d'autorité relative de la chose jugée**, énoncé à l'article 1351 du Code civil : les jugements n'ont d'autorité que sur les personnes qui ont été parties au procès. La solution n'a aucun effet obligatoire à l'égard des tiers, ce qui est tout le contraire d'une règle de droit, générale et impersonnelle, applicable à tout le monde.

L'argument est en vérité discutable car l'autorité relative ne concerne que la situation concrète sur laquelle se prononce la décision (le dispositif) et non la règle abstraite qui y est impliquée (le motif). Donc, l'autorité relative de la chose jugée n'empêcherait pas la jurisprudence d'être source de droit : la preuve en est dans les pays de *Common Law* (cf. Terré, n° 228, note 3).

Par ailleurs, en vertu de ce principe d'autorité relative, les tribunaux ne sont pas liés par leurs précédentes décisions. Le même tribunal pourrait, le lendemain, rendre une décision différente dans une affaire similaire ; et le fait qu'une juridiction, quelle qu'elle soit, a tranché une question dans un certain sens n'oblige pas une autre juridiction à adopter la même solution.

On sait qu'il en va différemment dans les pays anglo-saxons où s'applique la règle du précédent, les tribunaux étant liés par les décisions rendues précédemment dans des affaires semblables par des juridictions situées au moins au même niveau hiérarchique.

La relativité de la chose jugée concourt ainsi à la prohibition des arrêts de règlement puisque si une règle de droit dégagée à l'occasion d'un litige devait obligatoirement être suivie dans les cas similaires, cela conduirait à rétablir indirectement l'arrêt de règlement.

**3) Fragilité de la jurisprudence** au regard de la **loi** : toute jurisprudence reste en effet à la merci d'une loi postérieure qui peut la faire disparaître. Une épée de Damoclès pèse donc en permanence sur la jurisprudence, ce qui en affaiblit considérablement la portée. Et il arrive, en effet, que le législateur intervienne pour combattre une jurisprudence, pour la briser, dès lors qu'il l'estime inopportune. La jurisprudence est donc subordonnée à la loi.

L'argument mérite toutefois d'être nuancé : une loi nouvelle peut fort bien abroger une loi ancienne sans qu'il soit pour autant nécessaire, ni d'établir une hiérarchie entre le texte ancien et le nouveau, ni *a fortiori* de refuser un effet normatif à la loi ancienne jusqu'au moment de son abrogation.

**4) Incertitude, précarité** de la jurisprudence : une solution, habituellement suivie, peut, du jour au lendemain, être abandonnée par un revirement de jurisprudence. De tels revirements démontrent la précarité naturelle de la jurisprudence. Il suffit que les juges découvrent de nouveaux arguments qui les inclinent à interpréter différemment la règle de droit pour modifier leur précédente solution.

On répondra à cet argument que la loi subit elle aussi des fluctuations, au gré des réformes législatives, ce qui ne l'empêche pas d'être une source de droit.

Mais la précarité de la jurisprudence est bien plus redoutable que celle de la loi car les revirements de jurisprudence produisent un effet rétroactif : contrairement à la loi nouvelle, la jurisprudence nouvelle s'applique dans tous les procès nouveaux même si les faits qui sont à l'origine du litige ont été accomplis avant le revirement de jurisprudence. Cela tient au fait qu'en interprétant une règle, la jurisprudence fait corps avec cette règle, un peu à la manière d'une loi interprétative dont nous avons vu qu'elle était, par nature, rétroactive.

Si l'on pousse plus loin cet argument, il est permis d'en déduire que la jurisprudence acquiert nécessairement la force obligatoire du texte qu'elle interprète. La jurisprudence pénètre ainsi la pyramide des normes aux côtés de la loi, des décrets qu'elle interprète... ce qui fragilise encore un peu plus la construction de Kelsen et invite à examiner les autres arguments favorables à l'identification de la jurisprudence comme source de droit.

## **II. – Arguments pour**

**1)** A l'article 5 C. civ. répond l'**article 4** du Code civil qui interdit au juge de refuser de statuer "*sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*" sous peine de se rendre coupable de **déni de justice**.

Il est fréquent que le juge appelé à statuer se heurte à des obstacles.

– Le premier peut être le **silence** de la loi, sa **lacune**. La loi ne peut pas tout prévoir, tout organiser, tout régler à l'avance. Il se pose inévitablement des questions auxquelles le législateur n'avait point songé. Mais si la loi peut avoir des lacunes, le droit ne peut en avoir. Il appartient donc au juge d'appliquer le droit... même en l'absence de loi.

– Deuxième obstacle, **l'insuffisance** de la loi : le raisonnement est identique au précédent. Si le juge est tenu de statuer malgré le silence de la loi, *a fortiori* le doit-il lorsque la loi présente seulement quelques insuffisances.

– Troisième obstacle, **l'obscurité** de la loi : un texte est mal rédigé ou il existe une antinomie entre plusieurs textes applicables à la question. Dans un cas le juge devra éclairer le sens de la loi, dans l'autre il devra choisir le texte à appliquer. Dans les deux cas, il interprète la loi ; et selon la méthode d'interprétation qu'il retient (*cf. infra*), il peut donner au texte interprété une signification sensiblement différente de celle qu'avait à l'esprit le législateur (*cf. infra*).

Au début du 19<sup>e</sup> siècle, d'ailleurs, le Tribunal de cassation n'était pas institué pour imposer l'unité d'interprétation mais pour protéger la loi contre les empiétements du juge. Devant une difficulté d'interprétation, le juge avait l'obligation (de 1790 à 1807) puis la faculté (jusqu'aux lois de 1828-1837) de s'adresser au Corps législatif par le biais du **référé législatif**.

Dans toutes ces hypothèses, le juge ne peut pas refuser de juger ! Le déni de justice est sanctionné pénalement ! Se manifeste donc bien un certain pouvoir créateur du juge... par la volonté même du législateur exprimée à l'article 4 C. civ.

**2)** Dans le prolongement du précédent, plusieurs textes révèlent que **le droit ne se réduit pas à la loi** et qu'il appartient au juge de mettre en œuvre une conception beaucoup plus large de sources du droit.

– **Art. 12 NCPC** : "*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*" et non conformément à la loi.

– **Art. 604 NCPC** : "*Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit*" et non à la loi.

Ce texte est particulièrement révélateur lorsqu'on le compare à celui qui a prévalu de 1810 à 1975 prévoyant que la Cour de cassation avait pour fonction de sanctionner les "violations de la loi".

**3)** En réponse à l'argument selon lequel les juges ne sont pas tenus par la jurisprudence antérieure, on fait valoir que dans l'immense majorité des cas, les solutions posées par la Cour de cassation sont suivies par les autres juridictions. L'argument est particulièrement valable s'agissant des **arrêts de principe** dégagés par la Cour de cassation, entendus comme des arrêts qui expriment une règle destinée à régir d'autres cas analogues sans que, pour autant, cette règle soit obligatoire sinon, de principe, l'arrêt deviendrait de règlement.

Par une **loi d'imitation**, ce que la Cour de cassation a jugé, les juges du fond auront tendance à le juger. Ils savent, en effet, qu'en refusant de suivre l'orientation de la Haute juridiction, leurs décisions seront censurées.

Par une **loi de continuité**, ce que la Cour de cassation a décidé dans le passé, elle aura tendance à le décider pour l'avenir. Certes, rien ne l'y oblige et un revirement est toujours possible. Mais force est d'observer qu'en pratique les revirements sont rares...et c'est heureux en raison des bouleversements qu'ils impliquent et de l'insécurité qu'ils engendrent.

Ex. : la possibilité récente de modifier l'état civil d'une personne transsexuelle doit-elle leur permettre de se marier avec une personne de même sexe biologique ? Le mariage précédemment conclu doit-il être annulé ? Que faut-il décider en matière d'adoption ? A-t-on pensé à l'intérêt de l'enfant ?...

Si ces arguments conduisent certains auteurs à reconnaître dans la jurisprudence une source de droit, tous ne s'accordent pas sur le **fondement de la force obligatoire** des règles ainsi formulées.

– Pour certains, la jurisprudence tire sa force obligatoire d'une **délégation de la loi** (cf. Waline). Puisque le législateur a le pouvoir de s'opposer à une jurisprudence en votant une loi, l'absence de réaction implique son **approbation tacite** de cette jurisprudence. La jurisprudence tirerait donc sa force obligatoire de la loi qui la laisse vivre. Mais cette explication est particulièrement artificielle. Le législateur, au mieux, ignore la jurisprudence, au pire, la combat (Ex. : Loi du 4 mars 2002 remettant en cause la jurisprudence Perruche)

– Pour d'autres, la jurisprudence est une **forme de coutume** : elle n'a donc pas de force obligatoire en tant que telle mais seulement en ce qu'elle devient, à certaines conditions, une coutume jurisprudentielle, ce qui suppose non seulement une *décision du pouvoir*, sa répétition, mais également *l'assentiment des intéressés* (cf. Maury).

La proposition est inexacte :

- d'une part, la jurisprudence n'a pas **l'origine populaire** de la coutume puisqu'elle n'est pas l'œuvre des sujets de droits eux-mêmes mais celle de techniciens, les magistrats ; la jurisprudence n'est donc pas un "phénomène spontané" mais un "phénomène d'autorité" qui s'impose du seul fait de l'autorité du pouvoir judiciaire et non de la croyance populaire dans son caractère obligatoire ;

- d'autre part, il lui manque la **répétition** du comportement puisqu'un seul arrêt peut faire jurisprudence.

- Enfin, il est paradoxal que l'on songe parfois à absorber la coutume dans la jurisprudence pour en justifier le caractère obligatoire et qu'ici, ce soit au contraire la coutume qui rendrait la jurisprudence obligatoire. Ce possible inversement des explications montre leur inanité.

– Aussi doit-on sans doute reconnaître que, si la jurisprudence est une source de droit, elle tire sa force obligatoire d'elle-même, ce que les thuriféraires de la construction kelsénienne ont du mal à accepter...

T° –

[§1. – La discussion du rôle de la jurisprudence

[§2. – Les manifestations du rôle de la jurisprudence

## **§2. – Les manifestations du rôle de la jurisprudence**

Sans qu'il soit nécessaire de trancher le débat sur la jurisprudence source ou non de droit, il est possible d'en décrire la **fonction** et l'**influence**. Schématiquement, le rôle de la jurisprudence s'exprime à trois niveaux différents mais complémentaires :

- I. – Fonction d'interprétation de la loi
- II. – Fonction d'incitation législative
- III. – Fonction de dépassement de la loi

## **I. – Fonction d'interprétation de la loi**

L'interprétation peut être plus ou moins proche de la volonté initiale du législateur : parfois, le juge ne fait que compléter la loi (A.), parfois il l'adapte (B.), parfois enfin il la supplée (C.).

### **A. – Le juge complète la loi**

Il complète la loi lorsqu'il précise le sens des notions générales, des standards, notions cadre, visés par un texte.

Ex. : Les bonnes mœurs (*cf.* donations consenties en vue de relations adultères)

Ex. : La faute de l'art. 1382 : tout dommage causé par la faute d'une personne oblige celle-ci à réparation. Quelle faute ? Qui peut commettre une faute ? *Quid* de l'infans ?...

Ex. : La notion d'intérêt de l'enfant, d'intérêt de la famille.

Le juge se livre ici simplement à un travail de définition assurant le passage de la règle abstraite au cas concret.

### **B. – Le juge adapte la loi**

Sous couvert d'interpréter un texte de loi, le juge en transforme le sens pour l'adapter aux besoins de la société.

Ex. : Ainsi la jurisprudence a-t-elle découvert un principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde (Civ., 16 juin 1896) ou du fait d'autrui (Ass. Plén., 29 mars 1991) dans l'article 1384 al. 1<sup>er</sup> (devenu art. 1242 al.1 CCil) qui, dans l'esprit du législateur de 1804, se bornait à introduire les dispositions suivantes relatives d'une part, à la responsabilité du fait des animaux ou de la ruine des bâtiments et, d'autre part, à celle des commettants du fait de leur préposés, des parents du fait de leurs enfants. Aucun texte n'envisageait ni les accidents du travail ni les accidents automobiles... ; la Cour de cassation s'est servi d'une simple disposition introductive dénuée de toute signification pour déborder les cas limitativement prévus par le texte.

### **C. – Le juge supplée la loi**

= lorsque la loi est lacunaire.

Ex. : Le régime du contrat d'assurance a été dégagé par la jurisprudence avant d'être consacré par la loi du 13 juillet 1930.

Ex. : Le régime de la responsabilité administrative est, aujourd'hui encore, essentiellement d'origine jurisprudentielle.

L'office du juge est ici délicat, non seulement parce qu'il doit juger en droit et non en équité, mais aussi parce qu'il doit toujours motiver ses décisions, c'est-à-dire préciser la règle sur laquelle il fonde sa décision (étant entendu qu'il ne saurait se fonder sur sa propre jurisprudence). Sur quelle règle peut-il se fonder en l'absence de loi ?

– Depuis quelques années, la Cour de cassation cite parfois la jurisprudence de la CEDH et de la CJCE... ce qui est pour le moins surprenant et critiquable.

– Surtout, et de manière beaucoup plus pertinente, la Cour de cassation se fonde sur des **principes généraux du droit** qui expriment des valeurs fondamentales de notre société.

Ex. : Req., 15 juin 1892 par laquelle la Cour de cassation met en lumière le "*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*", principe qui est à l'origine de la théorie de l'enrichissement sans cause, théorie qui n'a jamais été réglementée par aucun texte.

La nature exacte de ces PGD est délicate à cerner.

Ils sont certes exprimés par la jurisprudence, ce qui tendrait à reconnaître à celle-ci un rôle créateur. L'on s'accorde cependant à admettre que la jurisprudence ne crée pas ces principes mais ne fait que les constater, ce qui est toujours discutable.

Par ailleurs, certains de ces principes sont exprimés dans des adages anciens, si bien que l'on a songé à les identifier à la coutume... Mais tous ne sont pas issus d'un adage (ex. : enrichissement sans cause). D'autres principes sont dégagés à partir de la combinaison de différents textes de loi, si bien qu'ils pourraient s'apparenter à la loi dont ils sont issus

Ex. : à partir des textes particuliers régissant le droit des faillites, la jurisprudence a dégagé un principe général d'égalité entre les créanciers chirographaires (= raisonnement par induction).

Puisque ces PGD constituent, à l'instar de la coutume, une règle de droit invocable par la jurisprudence, se pose la question de leur place au sein de la hiérarchie des normes. Si une coutume ne peut en principe être contraire à la loi (ce qui la place en dessous de celle-ci dans la hiérarchie), un PGD peut-il être *contra legem* ? La question est débattue et le demeurera tant que la jurisprudence ne se sera pas clairement prononcée (*cf.* Terré, n° 254).

La réponse est toutefois affirmative s'agissant de certains PGD ayant une valeur constitutionnelle : les PFRLR. Mais à leur égard, la question rebondit sur l'autorité juridictionnelle chargée de les proclamer : outre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat (*Koné*, 3 juillet 1996) et la Cour de cassation peuvent-ils découvrir de nouveaux PFRLR (*cf. supra*) ?

- # I. – Fonction d'interprétation de la loi
- II. – Fonction d'incitation législative



### III. – Fonction de dépassement de la loi

#### **II. – Fonction d'incitation législative**

Il arrive que la jurisprudence, sans prétendre s'immiscer dans le processus législatif, participe indirectement à l'élaboration de la loi en mettant en lumière les carences ou les insuffisances de la loi, et du même coup invite le législateur à exercer son rôle. Deux procédés sont utilisés à cette fin.

**A.** – La Cour de cassation rend parfois des **arrêts provocateurs** afin d'inciter le législateur à assumer ses fonctions.

Ex. : Alors qu'un projet de loi relatif à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation traînait dans les tiroirs du ministère depuis les années 1960s, la Cour de cassation a rendu en 1982 (*Desmares*, 22 juillet 1982) une décision particulièrement sévère pour les conducteurs de véhicules, obligeant le législateur à légiférer ; ce qui fut à l'origine de la loi du 5 juillet 1985.

Ex. : Le refus de réviser les clauses pénales excessives est à l'origine de la loi du 9 juillet 1975 insérée à l'article 1152 du Code civil.

Ex. : Arrêt Perruche du 17 novembre 2000 ?

**B.** – La Cour de cassation publie chaque année un **Rapport annuel** auquel elle donne de plus en plus de portée, s'autorisant, depuis une vingtaine d'années environ, à signaler au législateur les imperfections et les lacunes des textes en vigueur ainsi qu'à proposer toute réforme législative lui paraissant utile. Ainsi se met en place une véritable coopération entre les pouvoirs législatif et judiciaire sans que cette collaboration ne heurte le principe de séparation des pouvoirs.

La jurisprudence est en effet particulièrement bien placée pour constater les défaillances, les insuffisances, voire les incohérences de la loi, si bien qu'il paraît naturel qu'elle puisse attirer l'attention du législateur sur les points qui mériteraient son intervention (*Adde*, R. Cabrillac, p. 97, note 192).

- # I. – Fonction d'interprétation de la loi
- II. – Fonction d'incitation législative
- III. – Fonction de dépassement de la loi

#### **III. – Fonction de dépassement de la loi**

Tenue d'appliquer la règle de droit et non seulement la loi, la jurisprudence hésite de moins en moins à écarter une loi au profit d'une norme qui lui est supérieure.

**A.** – C'est ainsi que la Cour de cassation, dès l'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975, puis le Conseil d'Etat par l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, ont accepté de faire prévaloir un traité international sur la loi interne en se fondant sur l'art. 55 de la Constitution.

S'agissant du droit européen des droits de l'homme, les juridictions n'hésitent pas à écarter une disposition interne contraire à l'interprétation retenue par la Cour européenne de la convention. On a parlé à cet égard d'autorité de la chose interprétée.

Ainsi, au lendemain de la condamnation de la France par la Cour européenne dans l'affaire Mazurek, les tribunaux français ont écarté l'application des textes du Code civil qui privaient les enfants naturels adultérins du droit d'être appelé à la succession de leur auteur « fautif ». L'interprétation de la Cour européenne s'impose...

On peut expliquer cette solution par l'idée que l'interprétation de la convention par la Cour européenne fait corps avec la convention. Or cette dernière ayant une valeur supra législative, elle s'impose à la loi !

**B.** – Les juridictions écartent également la loi au nom de principes supérieurs tels que les PFRLR : se fondant en général sur ceux préalablement dégagés par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Koné*, n'hésite pas à en proclamer un nouveau. La Cour de cassation suivra-t-elle ?

#####

Section I. – La jurisprudence

## **Section II. – La doctrine**

La doctrine est l'ensemble des opinions émises par les auteurs (professeurs de droit, magistrats, avocats...) dans leurs œuvres. Celles-ci peuvent prendre la forme de traités (droit civil, droit commercial), de manuels, d'ouvrages spéciaux consacrés à l'étude d'une question en particulier (thèse...), d'articles, de chroniques, de commentaires d'arrêts ou de jugements.

La doctrine jouait un rôle considérable en Droit Romain où elle constituait une véritable source de droit. L'affirmation de la primauté de la loi en a réduit l'influence. Désormais, la doctrine n'est pas une source directe du droit. Ni une opinion isolée d'un auteur, ni même une opinion unanime ne s'impose à quiconque. Elles n'ont aucun caractère obligatoire. En revanche, la doctrine peut exercer une influence considérable sur l'élaboration et l'application du droit. Son rôle n'est point normatif mais scientifique.

A ce titre, la doctrine exerce une influence sur le législateur (§ I.) et sur le juge (§ II).

### **§ I. – Influence de la doctrine sur le législateur**

La doctrine accomplit une œuvre à la fois destructrice et constructive.

- **Œuvre destructrice** en ce qu'elle procède à la critique, parfois virulente, des dispositions votées par le Parlement. Par un raisonnement *de lege lata* (sous l'angle de la loi en vigueur), elle met ainsi en lumière les imperfections des textes en portant sur eux un jugement de valeur. Elle peut ensuite suggérer des interprétations de nature à gommer ces défauts ou proposer leur abrogation ou leur modification.

- **Œuvre constructive** en ce qu'elle suggère au législateur les mesures de nature à apporter remède à des difficultés que le Parlement a jusqu'alors ignorées ou imparfaitement tranchées. Raisonnant *de lege ferenda* (sous l'angle de la loi à venir ou telle qu'elle devrait être), la doctrine propose alors une réforme législative.

Ex. : Les réformes du droit de la famille entreprises par le Doyen Carbonnier depuis 1960.

Ex. : La loi du 13 mars 2000 réformant le droit de la preuve a été précédée d'une proposition élaborée par un groupe d'universitaires.

Ex. : La réforme du droit des successions intervenue en 2001 et 2006 repose sur des projets élaborés de longue date par les professeurs Carbonnier et Catala.

Ex. : L'ordonnance du 10 février 2016 de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations est intervenue après une vaste consultation de la doctrine.

## **§ II. – Influence de la doctrine sur le juge**

La doctrine exerce une influence encore plus grande sur la jurisprudence.

- **En amont** de la décision, la doctrine **guide** les magistrats dans leur tâche : elle suggère des solutions, en critique d'autres, propose des modèles de raisonnement... Une proposition doctrinale est parfois expressément consacrée par les juges à l'appui de leur décision.

Ex. : Les principes formulés par Roubier pour l'application de la loi dans le temps.

Ex. : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau

Ex. : La consécration du fonds libéral

- **En aval** de la décision, la doctrine **systématise** les décisions de justice. Elle souligne les orientations prises par les tribunaux et les cours, relève les éventuelles oppositions... A partir de décisions isolées, par un effort de synthèse, la doctrine dégage une règle jurisprudentielle.

Elle participe, de ce fait, à l'identification de la jurisprudence comme source de droit.

On considère d'ailleurs volontiers que cet effort doctrinal de synthèse et de systématisation constitue une condition nécessaire, sine qua non, de l'accession de la jurisprudence au rang de source du droit. Il n'y aurait de jurisprudence source de droit qu'après l'accomplissement de cet effort doctrinal...

## Partie 2 : LES DROITS SUBJECTIFS

## Leçon 6 – LES SOURCES DES DROITS SUBJECTIFS

Les droits subjectifs sont les prérogatives particulières reconnues à une personne : droit de propriété, droit de créance, droit d'occuper tel appartement en qualité de locataire, droit de porter tel nom, etc.

Seule une personne peut être titulaire de droits, qu'il s'agisse

→ d'une **personne physique** : être humain doté de la personnalité juridique, c'est-à-dire de l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer ;

→ d'une **personne morale** : groupement auquel la loi reconnaît, à certaines conditions, la personnalité juridique (*cf.* cours de droit des personnes).

Un droit subjectif peut être créé ou transmis par un **acte** (Section 1) ou un **fait** juridique (Section 2).

Section 1. – Les actes juridiques

Section 2. – Les faits juridiques

### Section 1. – Les actes juridiques

L'**acte juridique** est une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit qui ont été voulus, qu'il s'agisse de créer, modifier ou éteindre un rapport juridique.

Ex. : un contrat

→ Créer : convention passée entre deux voisins destinée à créer une servitude, constitution d'une hypothèque...

→ Eteindre : remise de dette, résiliation conventionnelle d'un contrat

→ Modifier : cession d'une créance, subrogation conventionnelle, délégation

Parmi les actes juridiques, plusieurs classifications peuvent être opérées.

#### 1) Actes unilatéraux et actes bilatéraux

- L'acte unilatéral trouve son origine dans la manifestation de volonté d'une seule personne (ex. : testament).

- L'acte bilatéral est celui qui trouve son origine dans un accord de volontés (ex. : contrat)  
⇒ tout contrat est donc un acte juridique, mais tout acte juridique n'est pas un contrat !).

#### 2) Les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux

- L'acte à titre gratuit est celui qui transmet un droit sans aucune contrepartie, dans une intention purement libérale (ex. : contrat de donation).

- L'acte à titre onéreux transmet un droit moyennant une contrepartie (ex. : contrat de vente).

#### 3) Les actes entre vifs et les actes à cause de mort

- L'acte entre vifs est celui qui doit produire ses effets du vivant de son auteur (ex. : contrat).
- L'acte à cause de mort est celui qui doit produire ses effets au moment du décès de son auteur (ex. : testament).

#### **4) Les actes constitutifs, translatifs et déclaratifs de droits**

- L'acte constitutif de droit est celui qui crée une situation juridique nouvelle (ex. : mariage).
- L'acte translatif de droit opère le déplacement d'un droit d'un titulaire à un autre (ex. : contrat de vente).
- L'acte déclaratif se borne à constater une situation juridique existante (ex. : reconnaissance de dette).

###

Section 1. – Les actes juridiques

Section 2. – Les faits juridiques

### **Section 2. – Les faits juridiques**

Le fait juridique est tout événement ou agissement, volontaire ou non, qui produit des effets de droit sans que ceux-ci aient été recherchés.

Ex. : Fait de la nature : naissance, décès, accession à l'âge de la majorité...

Ex. : Fait de l'homme : un accident, volontaire ou non, oblige son auteur à réparer les conséquences dommageables subies par la victime (effet juridique non voulu).

Il se distingue de l'acte juridique par le rôle de la volonté dans la production d'effets juridiques :

- L'acte est accompli dans le but de produire des conséquences juridiques déterminées.
- Le fait engendre des conséquences juridiques indépendamment de la volonté du sujet.

Ces faits juridiques sont sources de droits subjectifs :

Ex. : l'automobiliste qui a renversé un piéton est tenu à réparation ;

Ex. : l'enfant mineur qui cause, même involontairement, un dommage à autrui engage la responsabilité civile de ses parents et les oblige à réparer le préjudice subi par la victime.

Ex. : la simple possession d'une chose, consistant à se comporter comme un propriétaire, peut à certaines conditions être source d'un véritable droit de propriété pour le possesseur. Le fait peut devenir droit.

## Leçon 7 : LA CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS

Les droits subjectifs sont d'une très grande diversité (Sect. 1). Un lien est toutefois créé entre les droits dont une personne est titulaire grâce à la notion de patrimoine (Sect. 2).

Section 1. – La diversité des droits subjectifs

Section 2. – Le rassemblement des droits subjectifs

### **Section 1. – La diversité des droits subjectifs**

Des distinctions sont opérées parmi les droits subjectifs en fonction, d'une part, de leur valeur économique (§1), d'autre part, de leur objet (§2).

§1. – Classification fondée sur la valeur économique des droits

§2. – Classification fondée sur l'objet des droits

### **§1. – Classification fondée sur la valeur économique des droits**

On distingue à cet égard les droits patrimoniaux des droits extra-patrimoniaux.

1) Sont appelés **droits patrimoniaux** les droits qui ont une valeur pécuniaire et peuvent, en conséquence, être appréciés en argent.

Ex. : droit de propriété, de créance...

Ils sont qualifiés de patrimoniaux parce qu'ils sont regroupés au sein du patrimoine dont chaque personne est titulaire.

Ces droits présentent en principe des particularités communes :

- Ils sont cessibles, c'est-à-dire qu'ils peuvent être librement cédés à titre gratuit ou à titre onéreux.

- Ils sont transmissibles, c'est-à-dire qu'ils sont transmis aux héritiers du défunt.

- Ils sont saisissables, c'est-à-dire que le créancier du titulaire de ces droits peut les saisir et les faire vendre afin de se faire payer tout ou partie de sa créance sur le produit de la vente.

- Ils sont prescriptibles, c'est-à-dire que leur non-utilisation pendant un certain temps risque de les faire perdre à leur titulaire par voie de prescription extinctive.

2) Les **droits extra-patrimoniaux** n'ont en eux-mêmes aucune valeur pécuniaire et ne sont donc pas évaluables en argent.

Il s'agit, pour l'essentiel, des droits de la personnalité (droit au respect de la vie privée, droit à l'intégrité physique, morale, droit au nom...).

Bien qu'ils ne soient pas évaluables en argent, leur violation par un tiers peut entraîner des conséquences pécuniaires sous forme, notamment, de dommages-intérêts.

Contrairement aux droits patrimoniaux et parce qu'ils sont dépourvus de valeur pécuniaire, ces droits sont incessibles, intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles.

##

§1. – Classification fondée sur la valeur économique des droits

§2. – Classification fondée sur l'objet des droits

## **§2. – Classification fondée sur l'objet des droits**

Le critère de l'objet permet de distinguer les droits réels ( I.) et les droits personnels (II.).

### **I. – Les droits réels**

Le droit réel confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose (*res*).

Parmi les droits réels, il faut distinguer les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

**1) Les droits réels principaux** sont le droit de propriété et ses démembrements.

**a) Le droit de propriété** est le droit réel le plus complet : il confère à son titulaire trois séries de prérogatives.

- \* L'*usus* qui permet d'user de la chose

- \* Le *fructus* qui permet de percevoir les fruits de la chose (ex. : percevoir les loyers de la chose louée)

- \* L'*abusus* qui permet de disposer de la chose, à titre gratuit ou onéreux.

**b) Les démembrements du droit de propriété** proviennent de l'éclatement de ces prérogatives entre plusieurs titulaires. Parmi ces démembrements, on peut notamment identifier

- \* l'*usufruit* : droit réel qui confère à son titulaire, l'usufruitier, le droit d'user de la chose (*usus*) et d'en percevoir les fruits (*fructus*).

- \* la *nue-propriété* qui donne à son titulaire, le nu-propriétaire, le droit de disposer de la chose (*abusus*).

**2) Les droits réels accessoires**, encore appelés "sûretés", sont accordés au créancier en garantie de sa créance sur une ou plusieurs choses appartenant au débiteur.

Ils sont dits *accessoires* parce qu'ils sont l'accessoire d'une créance et visent seulement à en garantir le paiement.

Ainsi en est-il du *gage* et de l'*hypothèque* qui confèrent au créancier gagiste ou au créancier hypothécaire un droit direct sur le meuble donné en gage ou sur l'immeuble hypothéqué, droit qui leur permet de se payer sur le bien grevé de sûreté par préférence à tout autre créancier. Plus exactement, ces droits ne confèrent pas un pouvoir direct sur la chose elle-même mais seulement sur la valeur de celle-ci.

*Ex.* : soit une hypothèque sur un immeuble évalué à 1000 en garantie d'une créance de 400. A l'échéance, en cas de non-paiement, le créancier a le droit de faire saisir l'immeuble et le faire vendre aux enchères afin de se faire attribuer sur le prix de cession la part lui revenant, c'est-à-dire 400, le reste étant conservé par le débiteur et soumis, le cas échéant, au gage de ses autres créanciers.

Le titulaire d'un droit réel accessoire bénéficie donc d'un *droit de préférence* qui lui permet d'être payé en priorité sur le produit de la vente du bien gagé ou hypothéqué.

Il bénéficie également d'un *droit de suite* qui lui permet de saisir le bien en quelques mains qu'il se trouve dans l'hypothèse où, après la constitution de la garantie, il aurait été cédé par le débiteur.



Aux droits réels s'opposent les droits personnels...

## **II. – Les droits personnels**

Le droit personnel, que l'on désigne aussi sous le nom d'obligation, est un rapport juridique entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger d'une autre, le débiteur, une certaine prestation ou une abstention.

⇒ une certaine prestation : obligation de faire (livrer un bien, exécuter un travail...).

⇒ une certaine abstention : obligation de ne pas faire (par ex., engagement de non-concurrence, de confidentialité...).

Tout droit personnel a un sujet actif, le créancier, et un sujet passif, le débiteur. Il figure à l'actif du patrimoine du créancier et au passif du patrimoine du débiteur. Ce qui conduit à l'étude du patrimoine...

#####

Section 1. – La diversité des droits subjectifs

Section 2. – Le rassemblement des droits subjectifs

### **Section 2. – Le rassemblement des droits subjectifs**

Aux termes de l'article **2284** du Code civil : "*quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*".

Ce texte suggère 4 observations :

- 1) Les biens d'une personne forment un tout
- 2) Ce tout répond des dettes de son titulaire
- 3) S'engager personnellement revient à engager l'ensemble de ses biens
- 4) Cet ensemble comprend non seulement les biens présents au moment de la naissance de l'obligation, mais également ceux qui seront acquis postérieurement.

De cet article est tirée la théorie juridique du patrimoine. Celui-ci peut être défini comme l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une unité juridique.

Mais au-delà de cette définition, tout le monde ne s'accorde pas sur une théorie du patrimoine : à une théorie classique développée à la fin du siècle dernier par AUBRY et RAU (§1), s'oppose aujourd'hui une théorie moderne (§2).

§1. – La théorie classique du patrimoine

§2. – La théorie moderne du patrimoine

#### **§1. – La théorie classique du patrimoine**

Elle tient en deux propositions :

I. – Le patrimoine est une universalité juridique

II. – Le patrimoine est un attribut de la personnalité

## **I. – Une universalité juridique**

Dire que le patrimoine est une universalité juridique signifie qu'il est un ensemble d'éléments actifs et passifs considéré comme formant un tout.

Il apparaît comme l'enveloppe dans laquelle sont regroupés tous les éléments actifs et passifs dont une personne est titulaire au long de son vie.

A ce principe s'attachent deux conséquences :

1<sup>re</sup> conséquence : Un lien existe entre les éléments actifs et passifs du patrimoine. Celui-ci comprend aussi bien les créances que les dettes et les premières répondent des secondes. Plus généralement, l'actif répond du passif.

Il en résulte que les créanciers bénéficient d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur (= art. 2092 C. civ.). Il en résulte également qu'au décès d'une personne, les héritiers qui acceptent la succession recueillent non seulement l'actif mais également le passif, les biens mais aussi les dettes.

2<sup>e</sup> conséquence : les éléments actifs apparaissent interchangeable, ce qui permet aux créanciers de saisir l'un quelconque des biens composant le patrimoine de leur débiteur au jour de la saisie.

## **II. – Un attribut de la personnalité**

Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, 3 conséquences en résultent.

### **1) Seule une personne a un patrimoine**

Seule une personne a un patrimoine parce que seule une personne, physique ou morale, est à la fois apte à être titulaire de droits et à être chargée de dettes.

Dans le cas d'une personne morale, il convient de remarquer que le patrimoine de celle-ci est distinct de celui de ses membres. En conséquence, les créanciers de la personne morale ne peuvent en principe agir contre le patrimoine des membres du groupement.

### **2) Toute personne a un patrimoine**

Une personne a un patrimoine dès l'instant de sa naissance, qu'il s'agisse de la venue au monde d'un être humain ou de la constitution d'une personne morale. Peu importe qu'il soit vide : le patrimoine est d'abord une enveloppe, un contenant, qui existe malgré l'absence de contenu.

Le patrimoine disparaît au moment de la mort : les éléments d'actif et de passif qui le composaient passent dans le patrimoine de chacun des héritiers. Les créanciers du défunt pourront ainsi se payer sur les biens personnels des héritiers, ce qui conduit souvent ceux-ci à n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire afin de n'être tenu que dans les limites de l'actif successoral.

### **3) Une personne n'a qu'un patrimoine**

Une personne ne peut pas avoir plusieurs patrimoines. La règle est importante en ce qu'elle interdit, par exemple, à un commerçant de distinguer entre un *patrimoine civil* et un *patrimoine commercial* afin d'éviter que les créanciers commerciaux ne puissent saisir les biens du patrimoine civil.

Ex. : les créanciers d'un commerçant pourront, par exemple, saisir l'immeuble lui appartenant dans lequel loge sa famille.

Aussi une partie de la doctrine moderne suggère-t-elle une théorie rénovée du patrimoine autorisant, notamment, la pluralité de patrimoines.

## **§2. – La théorie moderne du patrimoine**

La proposition part de l'idée que le patrimoine est indépendant de la personnalité. Il doit être considéré de manière objective comme une masse de biens affectés à un but. Et c'est ce but, cette "communauté d'affectation", qui soude entre eux les éléments du patrimoine.

Si cette théorie était consacrée de manière générale, deux conséquences majeures en découleraient :

1<sup>re</sup> conséquence : Un patrimoine peut exister sans le support d'une personne.

Ainsi pourrait-il exister un patrimoine familial composé de tous les biens ayant reçu une affectation familiale. Mais force est d'observer que le droit positif, loi et jurisprudence, ne retient pas pareille solution : les biens de la famille appartiennent à leurs membres individuellement considérés.

2<sup>e</sup> conséquence : Une personne peut avoir plusieurs patrimoines en fonction de l'affectation qu'elle donne aux biens lui appartenant.

Ainsi un commerçant pourrait-il isoler son patrimoine commercial et ainsi empêcher ses créanciers commerciaux de saisir ses biens privés, relevant de son patrimoine civil. Il pourrait ainsi sauvegarder son patrimoine civil d'une éventuelle faillite commerciale.

Le droit français n'admet que très partiellement cette solution, notamment en raison des **fraudes** qu'un tel système peut susciter.

Depuis une loi de 2007, la France a, dans des conditions très strictes, admis la fiducie (étudiée en Master 1). Ce mécanisme permet de créer un patrimoine d'affectation soit dans un but de garantir une dette soit dans le but de gérer des biens.

L'admission limitée des patrimoines d'affectation a conduit au développement d'autres mécanismes juridiques permettant d'établir une cloison entre sa fortune personnelle et les éléments d'actif et de passif affectés à l'exercice d'une activité commerciale.

La constitution d'une SA ou d'une SARL permettent, en principe, d'atteindre cet objectif même si, en pratique, la cloison n'est pas toujours étanche :

- Il est fréquent qu'un créancier de la société obtienne en garantie de sa créance la constitution d'une sûreté sur un bien personnel du dirigeant (hypothèque...) ou une caution personnelle.

- Il est également fréquent, en particulier lorsque les associés ont eu tendance à confondre les biens de la société et leurs biens personnels, que les juges prononcent la faillite personnelle de ces associés en même temps que celle de la société, autorisant du même coup les créanciers de celle-ci à saisir les biens personnels desdits associés.

## Leçon 8 – LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS

Un droit se réalise lorsque son titulaire peut exercer les prérogatives qui en découlent. Cette réalisation suppose nécessairement que le titulaire du droit rapporte la **preuve** de celui-ci.

Le droit de la preuve présente une importance pratique considérable. Il est, en effet, inutile de posséder un droit si on ne peut pas démontrer qu'on le possède. Le droit romain déjà l'avait relevé en expliquant par un adage que "*il est identique de n'avoir point de droit ou ne pas pouvoir le prouver*" (*idem est non esse aut non probari*).

### Exemples :

– Vous avez prêté à l'un de vos amis une somme d'argent, mais vous avez eu l'imprudence de ne pas lui faire signer un contrat de prêt. S'il ne vous rembourse pas, vous évoquerez en vain devant les tribunaux votre droit de créancier. Certes, l'absence d'écrit ne compromet pas la validité du contrat qui a été passé : celui-ci est valablement conclu mais, faute de preuve, restera inexécuté.

– Vous vous êtes entendu avec un vendeur pour acheter tel bien. Vous exigez ensuite la livraison de ce bien ; le vendeur refuse en prétendant qu'il n'a jamais traité avec vous. Si vous n'avez pas pris la précaution de vous ménager un moyen de preuve constatant le contrat, vous serez sans recours ou presque.

\* Cette preuve a pour **objet** le fait générateur du droit invoqué, c'est-à-dire sa source, laquelle peut être :

- Un acte juridique : un contrat dont il faut prouver non seulement l'existence mais aussi le contenu

- Un fait juridique : un accident de la circulation, un trouble de voisinage... dont il faudra prouver la réalité de l'événement et l'étendue du préjudice subi.

En revanche, les parties à un procès n'ont pas à prouver l'existence ni le contenu des règles de droit qu'elles invoquent et sur lesquelles elles fondent leurs prétentions. Par exemple, elles n'ont pas à prouver que la loi fait produire au contrat tel effet de droit ou qu'une loi de 1985 commande l'indemnisation des accidents de la circulation. L'explication de cette règle est simple : nul n'est censé ignorer la loi... pas même le juge. Il appartient aux parties de prouver les faits et au juge de dire le droit. Telle est la répartition des rôles dans un procès.

On dit que **la preuve a pour objet les faits et non le droit**. Attention ! Car la notion de faits dont il s'agit en droit de la preuve est plus large que celle de fait juridique puisque si tous les faits juridiques sont effectivement des éléments de fait en droit de la preuve, les actes juridiques le sont également.

Ces règles sont exprimées dans le NCPC dans différents articles :

Art. 9 : "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention"

Art. 12 "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables".

Ce principe selon lequel le droit n'a pas à être prouvé supporte deux séries d'exceptions :

1) Celui qui invoque un usage ou une **coutume** doit en rapporter la preuve. Celle-ci peut être établie par tous moyens : attestations, témoignages, expertises ou encore les parères qui sont des certificats délivrés par certains organismes, notamment les chambres de commerce, attestant de l'existence de certains usages professionnels.

2) Lorsque, compte tenu des règles du Droit International Privé (DIP), un litige porté devant les juridictions françaises doit être jugé par application d'un **droit étranger**, il est bien évident que l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" perd toute signification. C'est pourquoi la loi étrangère est considérée comme un élément de fait dont il appartient aux plaideurs de prouver l'existence et le contenu. C'est donc à celui qui invoque une loi étrangère d'en faire la preuve. Celle-ci peut être rapportée par tous moyens notamment des attestations émanant de juristes étrangers que l'on appelle – assez maladroitement... – des "certificats de coutume".

\* Les règles de preuve ont une nature ambivalente :

- Dans la mesure où elles conditionnent l'existence, la reconnaissance et l'exécution des droits, elles constituent le complément des règles de fond du droit des obligations. De ce point de vue, les règles de preuve relèvent du **droit civil**. C'est pourquoi elles sont situées dans le Code civil aux articles 1353 et s. au sein d'un titre consacré à "*de la preuve des obligations* ».

- Mais la preuve mérite aussi d'être envisagée sous l'angle **judiciaire**, c'est-à-dire sous l'angle du procès, de son déroulement et des principes auxquels il est soumis. C'est pourquoi une partie du droit de la preuve est également réglementée dans le NCPC aux articles 9 à 11 et 132 à 322.

L'ensemble de cette réglementation constitue le **droit commun** de la preuve des droits subjectifs. Il ne faut pas s'arrêter à la localisation de ces règles dans le Code civil dans un titre consacré à la preuve des seules obligations. En réalité, les règles qui sont exprimées ne concernent pas le seul droit des obligations et l'on s'accorde, tant en doctrine qu'en jurisprudence, à leur reconnaître une portée générale. Il s'agit de la preuve des droits subjectifs en général, droits de créance ou non.

Ce droit de la preuve a fait faire l'objet d'une réforme d'ampleur au début des années 2000. Les règles traditionnelles, héritées de 1804 et de principes plus anciens, se sont révélées inadaptées au développement du commerce électronique, via Internet notamment.

Le 13 décembre 1999, une directive communautaire engagea les Etats membres à la prendre en compte la signature électronique dans leur législation sur la preuve. En France, la question avait été anticipée puisque un groupe d'universitaires fut désigné pour élaborer une réforme du droit de la preuve. Ce groupe a remis, début 1998, un avant-projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique. Le 1<sup>er</sup> septembre 1999, le conseil des ministres adopta le projet de loi et le déposa au Parlement. Sur la base de ce projet, une loi fut votée le **13 mars 2000** complétée par un décret du **30 mars 2001**.

L'ordonnance du 10 février 2016 est venue modifier certains aspects de ce droit de la preuve.

\* Les règles de preuve ne sont pas impératives et peuvent, par conséquent, être écartées par la volonté des parties. Elles sont d'intérêt privé et non d'ordre public sauf si elles concernent certains principes fondamentaux tel que le principe du contradictoire dans le procès. Pour le reste, les parties peuvent décider d'inverser la charge de la preuve, admettre la preuve par témoins alors que la loi exige une preuve littérale... V. le nouvel article 1356 du Code civil qui encadre les contrats sur la preuve.

### Plan :

La preuve soulève essentiellement deux séries de questions :

- Qui doit prouver ? C'est la charge de la preuve (Section I)
- Comment prouver ? Ce sont les modes de preuve ? (Section II)

## **Section I – La charge de la preuve**

Le problème de la charge de la preuve se pose à l'occasion d'un procès : quels doivent être les rôles respectifs du juge et des plaideurs ? Sur ce problème, deux systèmes sont concevables :

On peut estimer que les particuliers ayant recours à un juge, fonctionnaire de l'Etat, laissent à ce juge le soin de diriger le procès en prescrivant notamment toutes les recherches de preuves qui lui paraissent souhaitables. La conduite de l'instance est abandonnée au juge qui doit réunir les éléments de preuve. **Ce système dit "inquisitoire"** s'applique en droit pénal et en droit administratif.

En droit civil, la conception est différente. Le procès reste l'affaire des parties jusqu'au jugement ; ce sont les plaideurs qui ont, notamment, la charge de rapporter les preuves. Le juge n'a qu'un rôle d'arbitre. **Ce système est dit "accusatoire"**.

Mais l'opposition entre les deux systèmes n'est plus aussi tranchée qu'elle l'était naguère. Le procès civil s'est rapproché du procès pénal et administratif sous l'influence de deux phénomènes :

- D'une part, l'objectif de plus en plus marqué de **recherche de la vérité** a justifié l'octroi au juge du pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (art. 10 NCPC).

- D'autre part, s'est progressivement développé un droit à la preuve en vertu duquel celui qui prétend avoir un droit dispose, dans le même temps, du droit à en obtenir la preuve. Il supporte certes toujours la charge de le prouver mais il a également le droit d'obtenir la collaboration de toute personne susceptible de contribuer à l'établissement de son droit, y compris la collaboration de son adversaire. L'article 10 du Code civil dispose à cet égard que "*chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité*". En écho, l'article 11 du NCPC précise que "*les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction*" et, qu'à défaut, il appartient au juge "*de tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus*".

Ex. : le refus d'une personne de soumettre à une expertise sanguine ou génétique pour vérifier la réalité d'un lien de filiation est licite au regard du principe d'intégrité du corps humain mais le juge peut en tirer toutes les conséquences et conclure notamment à la vraisemblance du lien de filiation en question.

Malgré cette collaboration des plaideurs et du juge, les règles gouvernant la charge de la preuve demeurent essentielles. La répartition du fardeau de la preuve entre les parties obéit à un principe (§ I.), lequel est assorti d'exceptions (§ II.).

§ I. – Le principe de la charge de la preuve

§ II. – Les exceptions (les présomptions légales)

### **§ I. – Le principe de la charge de la preuve**

Ce principe est édicté par l'article 1353, alinéa 1er, du Code civil qui contient deux règles combinées.

- Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> : *"celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver"*. C'est donc celui qui se prétend titulaire d'un droit qui doit le prouver : *"actori incumbit probatio"* (la preuve incombe au demandeur).

Ainsi, celui qui se prévaut d'un contrat devra en prouver l'existence et le contenu, celui qui réclame des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice devra le prouver, etc.

- Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1353, *"réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation"*. En d'autres termes, celui qui se prétend libéré d'une obligation parce qu'il l'a exécutée doit établir cette exécution. Il appartient donc au défendeur, métamorphosé en demandeur, d'apporter la preuve du bien-fondé de ses prétentions, ce que l'on traduit par la formule suivante : *reus in excipiendo fit actor*.

Exemple : un demandeur, Monsieur Dupont, prétend en justice que Monsieur Durand lui doit 10.000 euros et il apporte la preuve du contrat de prêt : un billet signé de Monsieur Durand reconnaissant avoir reçu 10.000 euros. Mais ce dernier riposte en affirmant qu'il a remboursé sa dette ; c'est alors à lui, défendeur à l'instance, de prouver qu'il a bien effectué son paiement, en produisant par exemple une quittance.

A travers l'article 1353 du Code civil se dessine le combat judiciaire que se livrent les parties à un procès. De manière générale, il appartient à celui qui formule une prétention d'en établir le bien-fondé.

Mais la réalité de la procédure est moins tranchée que la présentation qui résulte de l'article 1353. En pratique, aucun des plaideurs ne reste passif en attendant que l'autre ait rapporté la preuve qui lui incombe. Chacun concourt à l'établissement des faits nécessaires à la résolution du litige.

Ainsi, le défendeur dans un procès en responsabilité pour faute ne se contente pas d'attendre les preuves du demandeur avec l'espoir qu'il ne parviendra pas à prouver la faute, mais il cherche à démontrer que son comportement a été irréprochable et qu'il n'a pu commettre la faute dont on l'accuse.



Aussi l'intérêt des règles formulées par l'article 1353 du Code civil réside-t-il dans ce que l'on appelle **le risque de la preuve** : lorsque le fait à l'origine du litige n'a pu être prouvé, qui perd le procès ? En d'autres termes, si un doute subsiste, lequel des plaideurs supportera ce risque ? A qui profite le doute ? La solution est simple : la personne qui perd le procès est celle à qui incombait la charge de la preuve puisqu'elle n'a pas satisfait à son obligation. En d'autres termes, le risque de la preuve pèse sur le demandeur et le doute profite au défendeur.

Ce schéma de principe subit parfois certaines exceptions tenant à l'existence de présomptions légales.

## **§ II. – EXCEPTIONS : Les présomptions légales**

La règle de principe risque dans certains cas d'aboutir à des résultats inadmissibles, en particulier lorsque la preuve est pratiquement impossible à faire. La loi vient alors au secours du demandeur par le moyen de la présomption.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu. Elles ont pour objet de déplacer l'objet de la preuve en substituant à l'objet initial un autre objet plus facile à prouver. On distingue les présomptions légales des présomptions judiciaires. Seules les premières seront ici envisagées.

Le législateur pose des présomptions lorsqu'il estime que la preuve d'un événement est trop difficile à rapporter.

Ex. : En matière mobilière, la possession fait présumer la propriété. L'article 2276 du Code civil énonce : « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Cela signifie qu'il suffit d'établir la possession pour prouver indirectement la propriété.

Exemple : supposons qu'un enfant prétende avoir pour père le mari de sa mère. Pour le prouver, il faudrait normalement qu'il établisse que c'est le mari de sa mère qui est l'auteur de sa conception, ce qui est difficile. D'où la création par le législateur de la présomption de paternité, que formule l'article 312 du Code civil. Selon ce texte, "*l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*". Fort de cette présomption, le demandeur aura seulement à prouver qu'il est issu d'une femme mariée et qu'il est né au cours du mariage de sa mère ; on présumera qu'il est l'œuvre du mari sans qu'il ait à le démontrer.

En déplaçant l'objet de la preuve, ces présomptions facilitent la preuve.

Parfois, la présomption a pour effet de renverser la charge de la preuve. Il en est ainsi lorsque le législateur pose des présomptions qui dispensent le demandeur de rapporter la preuve du fait allégué. Par exemple, la bonne foi étant toujours présumée, le plaideur qui s'en prévaut n'a pas à la prouver. Il appartient au défendeur de démontrer la mauvaise foi. La présomption n'opère pas ici déplacement de l'objet, mais renversement de la charge de la preuve.

Remarque : parfois la présomption déplace l'objet de la preuve et entraîne indirectement un renversement de la charge de la preuve. Pour reprendre l'exemple précédent, le mari, pour sa part, aura toutefois la possibilité de renverser cette présomption en désavouant l'enfant s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas être le père. Grâce à la présomption, on a pu assister à un **renversement de la charge de la preuve** au profit de l'enfant né en mariage.

Le recours aux présomptions permet de **renverser la charge de la preuve** et d'atténuer le risque de la preuve. Elles allègent la charge de la preuve. L'enfant aura simplement à prouver qu'il est né d'une femme mariée pour établir son lien de filiation à l'égard du mari.

L'article 1354 du Code civil dispose que « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.*

*Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».*

Les effets des présomptions varient selon leur intensité. A cet égard, on distingue trois sortes de présomptions.

- **Les présomptions simples** (ou relatives) sont les présomptions susceptibles d'être écartées par la preuve contraire.

Ex. : la présomption de bonne foi de l'article 2274 du Code civil

Ex. : la présomption selon laquelle le possesseur d'une chose est présumé être propriétaire de cette chose 2276 CCil.

Ex. : la présomption de paternité puisque le mari de la mère peut établir sa non-paternité 312 CCil.

- **Les présomptions mixtes** peuvent être renversées mais seulement par des procédés limitativement énumérés par la loi.

Ex. : les parents, responsables des dommages causés par leur enfant mineur, ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité qu'en prouvant un événement de force majeure, la seule démonstration de leur absence de faute étant insuffisante (art. 1242 al. 4 C. civ.).

- **Les présomptions irréfragables** sont les présomptions contre lesquelles aucune preuve n'est en principe admise.

Ex. : Aux termes de l'article 911 du Code civil, la donation faite au profit des père et mère, des enfants ou du conjoint d'une personne incapable de recevoir cette libéralité est présumée faite à l'incapable lui-même. La donation est donc nulle et aucune preuve contraire ne peut être rapportée selon laquelle elle était réellement consentie au conjoint de l'incapable et non à l'incapable lui-même par personne interposée.

Ex. : En matière de garantie des vices cachés dans la vente, si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu de réparer la totalité du préjudice subi par l'acheteur par le paiement de dommages-intérêts. Or, la jurisprudence présume de manière irréfragable que le vendeur professionnel connaissait les vices de la chose. Le vendeur professionnel est donc présumé de mauvaise foi et il lui est interdit de prouver le contraire.

En réalité, la présomption irréfragable ne constitue pas seulement une règle de preuve mais devient une véritable **règle de fond** : les donations sont interdites non seulement aux incapables mais également aux proches parents de l'incapable ; les vendeurs professionnels doivent réparer la totalité du préjudice subi par leur acheteur en raison du vice caché de la chose qu'ils vendent.

T°

- Qui doit prouver ? C'est la charge de la preuve (Section I)

- Comment prouver ? Ce sont les modes de preuve ? (Section II)

## **Section II – Les modes de preuve**

Dans les sociétés primitives, les modes de preuve étaient souvent irrationnels. Les adversaires d'un duel judiciaire étaient départagés par Dieu ; l'accusé innocent pouvait prouver son innocence en se soumettant à des épreuves très dures (le feu, le poison) : c'est l'ordalie.

Plus près de nous, l'observation des divers systèmes de preuve successivement admis au fil des siècles démontre que deux systèmes sont concevables :

- Dans une première conception, dite de la **preuve morale** ou encore de l'intime conviction, tous les procédés sont admissibles et aucune hiérarchie n'est établie entre eux. Il n'est point de preuve qui s'impose au juge. Celui-ci demeure toujours libre de trancher le débat en conscience. Ce système est surtout admis en droit pénal.

- Dans une autre conception, dite de la **preuve légale**, le législateur énumère les procédés de preuve recevables, en apprécie la valeur respective et crée entre eux une hiérarchie.

Le droit civil français s'inspire des deux systèmes.

Il convient donc de connaître la diversité des modes de preuve (§ I.) avant d'étudier la recevabilité de chacun d'eux (§ II.)

§ I. – La diversité des modes de preuve

§ II. – La recevabilité des modes de preuve

### **§ I. – La diversité des modes de preuve**

La preuve littérale ou écrite constitue la reine des preuves parce qu'elle est préconstituée, en ce sens qu'elle a été constituée avant tout litige. Les autres modes de preuve n'interviennent qu'une fois le litige déclaré ; ce sont des modes de preuve *a posteriori*.

I. – Les preuves préconstituées : l'écrit

II. – Les autres modes de preuve : les preuves *a posteriori*

#### **I. – Les preuves préconstituées : l'écrit**

Avant la loi du 13 mars 2000, le Code civil ne fournissait aucune définition de la preuve par écrit, ou preuve littérale, dans la mesure où l'écrit se confondait avec le support papier sur lequel figurait un texte et une signature. La preuve littérale prenait la forme de documents signés par leurs auteurs. Avec l'avènement du commerce électronique, l'écrit s'est **dématérialisé**, passant du support écrit original à l'écrit transmis par fax puis aux messages envoyés par internet, la **signature** s'est transformée, de la signature manuscrite à la composition d'un code secret (carte bancaire...) jusqu'au clic ou double clic de l'ordinateur...

Aussi la loi commence-t-elle par donner une définition de la preuve littérale et de la signature. Il convient de l'étudier avant d'envisager les différentes formes d'écrit.

- A. – Définition de la preuve littérale
- B. – La diversité des preuves littérales

## **A. – Définition de la preuve littérale**

Le texte définit l'écrit (1) et la signature (2).

### **1) L'écrit**

Le Code civil ne définissait pas la preuve littérale, la preuve par écrit. La loi du 13 mars 2000 a introduit une première définition légèrement retouchée en 2016.

Article 1365 du Code civil dispose: « *L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support* ».

La preuve littérale suppose donc :

- Un message graphique : avant la loi de 2000, la preuve littérale ne consistait qu'en une suite de lettres et de caractères. La nouveauté vient donc des signes et des symboles (images, logos, empreintes...). Ils évoquent notamment l'écriture électronique.

- Un message intelligible : n'importe quel graphisme pourvu qu'il soit compréhensible... Mais il n'a pas besoin d'être compréhensible par tous, ce qui autorise le recours aux procédés de cryptographie.

L'utilisation de la cryptographie a été admise par une loi du 28 décembre 1990 qui précise que *"l'on entend par prestation de cryptologie toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en information ou signaux inintelligibles pour des tiers"*. Aussi, lorsque le message crypté sera redevenu, après déchiffrement, intelligible, il pourra servir de preuve écrite.

Le texte précise encore *"quel que soit leur support "*.

Il s'inscrit, ainsi, dans la continuité de la jurisprudence, puisque la Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 2 décembre 1997, qu'un acte *"peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées"*(1). En 1996, la Cour de cassation avait déjà admis que la photocopie puisse servir de mode de preuve (2).

Peuvent donc désormais constituer des supports du message, les disquettes, CD-rom et tous les supports que l'avenir nous réservera. C'est un texte ouvert sur l'avenir...

---

1 Com., 2 décembre 1997 : JCP, éd. E, II, p. 178, note T. BONNEAU ; D. 1998, 192, note D.R. MARTIN.

2 Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1996 : Bull. civ. I, n° 270.

Peu importe également le mode de transmission : les messages numérisés d'aujourd'hui aux modes de transmission de demain...

**Autorité : L'article 1366 du Code** prévoit, en outre, que *" L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. "*

Cette disposition a été très critiquée en ce qu'elle admet que l'écrit électronique est admis au même titre que l'écrit papier. En effet, l'information portée sur le support électronique, contrairement à celle posée sur le papier, n'est pas imprimée de manière irréversible et donc elle demeure, quelle que soient les précautions prises ou les techniques utilisées, manipulables d'une manière ou d'une autre par celui qui sait comment procéder. La différence entre les deux supports ne peut être niée. C'est pourquoi, il avait été question lors des travaux préparatoires du texte de maintenir la suprématie du support papier traditionnel sur l'électronique. Mais sous la pression européenne, l'assimilation est désormais totale, avec tous les risques que ce choix implique.

Néanmoins, le code émet une réserve et se repose sur la sagesse et la sagacité des juges puisque **l'article 1368** prévoit que *" A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable. "*

T° 1) L'écrit

## **2) La signature**

Avant la loi de 2000, elle n'était pas définie tant la notion allait de soi. Aujourd'hui, l'article **1367 du Code civil** définit tant la signature en général que la signature électronique.

### **a) La signature en général**

Pour définir la signature, le législateur a recherché son essence à travers sa fonction :

**L'alinéa 1<sup>er</sup> du texte** prévoit que *"la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte".*

Le texte définit la signature par sa fonction.

→ Tout d'abord, la signature parfait la preuve littérale qui ne vaudrait, sans signature, que comme un commencement de preuve par écrit.

→ Ensuite, elle a une fonction d'identification puisqu'elle permet l'identification de l'auteur de l'acte.

→ Enfin, la signature a une fonction d'adhésion au contenu de l'acte. La signature est considérée comme un acte à part entière, distinct de l'écrit lui-même. Dès lors, on peut admettre que sa forme puisse évoluer.

## b) La signature électronique

**L'alinéa 2 du l'article 1367** prévoit que *"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"*.

Un forme de signature électronique avait déjà été consacrée par la jurisprudence dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1989(3). La Cour de cassation avait admis, dans le cadre particulier d'une convention de preuve, la validité de la signature par code secret de la carte bancaire.

Avec la loi de 2000, la signature électronique est admise de façon générale, à condition qu'elle consiste en l'usage d'un procédé **fiable** d'identification. Cette fiabilité est **présumée** jusqu'à preuve du contraire dès l'instant que sont respectées les conditions posées par le décret le décret du 30 mars 2001 (à lire). Ce décret reprend pour l'essentiel les exigences imposées par la directive du 13 décembre 1999 en décidant que la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumé à deux conditions :

1 - le procédé doit mettre en œuvre une signature électronique sécurisée établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature (*cf.* D. art. 3) ;

2 – la vérification de cette signature doit reposer sur un certificat électronique sécurisé délivré par des prestataires de services de certification électronique qui garantissent l'identité du signataire (D. art. 6 et s.).

T° A. – Définition de la preuve littérale

## B. – La diversité des preuves littérales

Le Code civil distingue classiquement à propos de la preuve littérale, entre deux types d'actes : l'acte authentique (1) et l'acte sous seing privé (2).

### 1) L'acte authentique

Aux termes de l'article 1369 du Code civil, l'acte authentique est celui qui a été établi par un officier public qualifié à cet effet et respectant certaines formalités.

#### a) L'établissement des actes authentiques

Pour mériter la qualification d'acte authentique, le document doit être établi par un officier public (1) compétent (2) et respectant certaines formes (3).

##### 1) Un officier public

---

3 Civ. 2re, 8 novembre 1989 : *Bull. civ. II*, n° 342.

Il existe plusieurs variétés d'officiers publics, il y a donc plusieurs variétés d'actes authentiques :

- Certains actes authentiques ont un caractère **administratif** : c'est le cas des actes de l'état civil qui sont inscrits sur un registre public tenu par l'officier d'état civil.
- Certains actes authentiques ont un caractère **judiciaire** ou para-judiciaire : ainsi en est-il des actes rédigés par les juges ou les greffiers, les jugements, ou des actes d'huissiers.
- Enfin, certains actes authentiques sont destinés à constater des actes juridiques ce sont les actes **notariés**, dressés par les notaires. Ce sont de loin les actes les plus fréquents dans le domaine du droit civil.

## **2) Un officier public compétent**, à la fois **matériellement** et **territorialement**.

Ex. : Un maire ne saurait établir un acte de l'état civil en dehors de sa commune.

## **3) Le respect de certaines formalités**

Ex. : Les prescriptions très précises du Code civil relatives à l'établissement des actes de l'état civil (Art. 34 et s. C. civ.).

Depuis 2000, il est prévu que l'acte authentique *"peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat"*. (article 1369 alinéa 3 du CCil).

### **b) L'autorité des actes authentiques**

L'autorité des actes authentiques varie selon les éléments examinés.

\* S'agissant de **l'origine** de l'acte authentique, c'est-à-dire du fait qu'il a été réellement dressé par un officier public et signé par les personnes dont la signature est apposée sur le document, l'acte authentique fait foi jusqu'au succès d'une procédure en inscription de faux (article 1371 du Code civil). C'est une procédure longue, complexe et risquée puisqu'elle expose son demandeur, en cas d'échec, à une amende.

\* En ce qui concerne le contenu des actes authentiques, une distinction doit être faite parmi les énonciations qu'ils renferment :

- L'acte fait foi jusqu'au succès d'une procédure en inscription de faux des constatations de l'officier public : présence de témoins...

- L'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire en ce qui concerne les éléments que l'officier public n'a pas vérifié lui-même et qui lui ont été déclarées : naissance d'un enfant...

\* L'acte authentique a date certaine, il fait foi de celle-ci jusqu'au succès d'une procédure en inscription de faux.

## **2) L'acte sous seing privé**

L'acte sous seing privé – sous signature privée – est l'acte qui a été rédigé par les parties elles-mêmes et signé par elles sans le concours d'un officier public. Il tient sa valeur du seul fait que les parties l'ont signé.

Il convient de le distinguer de divers documents qui apparaissent comme des diminutifs des actes sous seing privé.

- a) Le régime des actes sous seing privé
- b) Les diminutifs des actes sous seing privé

### **a) Le régime des actes sous seing privé**

- 1°) L'établissement des actes sous seing privé
- 2°) L'autorité des actes sous seing privé

#### **1°) L'établissement des actes sous seing privé**

L'article 1372 du CCil définit l'acte sous seing privé comme :

*« L'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause ».*

**\* En principe**, la seule condition nécessaire à la validité de l'acte sous seing privé tient à la signature de celui ou de ceux qui l'ont conclu. De ce principe, résultent plusieurs conséquences :

- L'acte sous seing privé est valable même si la signature a été apposée avant la rédaction de l'acte, ce que l'on appelle un "*blanc seing*". Mais cet acte étant très dangereux pour celui qui a apposé ainsi sa signature sur un papier non rempli, le droit pénal condamne au titre de l'escroquerie l'abus de blanc seing.

- Lorsque le document comprend plusieurs feuillets dont seul le dernier est signé, il appartient aux juges d'apprécier si la signature se rapporte à l'ensemble des pages ou si une ou plusieurs d'entre elles ont été insérées par erreur ou fraude.

- La signature est une mention nécessaire et suffisante : la mention "*lu et approuvé*" est une formalité dépourvue de toute portée (4).

**\* Par exception**, il est prévu des formalités supplémentaires dans deux catégories de contrats :

1) La première formalité est prévue pour *les contrats synallagmatiques*, c'est-à-dire pour les contrats donnant naissance à des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. Le sous seing privé constatant de tels contrats doit être rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a

---

4 En ce sens, Civ. 1re, 27 janv. 1993 : JCP 1994, II, 22195, note I. PETEL-TEYSSIE.



de parties ayant des intérêts distincts et chaque exemplaire doit mentionner le nombre des originaux qui ont été faits (art. **1375 C. civ.**).

La raison de cette exigence est facile à comprendre. S'il n'y avait qu'un seul exemplaire, cet exemplaire serait laissé à l'une des parties qui, ayant reçu la prestation qui lui était due se refuserait ensuite à présenter l'original qui est la seule preuve de son obligation. Il y aurait un risque de voir disparaître la preuve, une fois que l'une des obligations serait exécutée. Le risque de falsification est également évité. Grâce à la formalité des doubles, chacun possède la preuve complète du contrat.

Dans la mesure où l'acte est généralement rédigé en deux exemplaires, correspondant au nombre de parties, cette exigence est appelée "**la formalité du double**".

La sanction de la méconnaissance de cette exigence n'est pas la nullité du contrat mais son inefficacité comme mode de preuve littérale. Le document ne vaudra que comme commencement de preuve par écrit.

2) La seconde formalité supplémentaire concerne les *actes juridiques unilatéraux* par lesquels une personne s'engage unilatéralement à payer à autrui une somme d'argent (Ex. : cautionnement) ou à lui livrer un bien fongible (c'est-à-dire interchangeable, Ex. : un stère de bois).

L'acte constatant cet engagement doit, aux termes de l'article **1376** du Code civil, non seulement être signé par le débiteur mais aussi comporter, outre la signature de celui qui s'engage, "*la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité de biens en toutes lettres et en chiffres*".

La loi du 13 mars 2000 a modifié les termes de cette disposition pour les adapter à l'écrit sur support électronique. Ainsi, l'expression "*mention écrite de sa main*" a été remplacée par l'expression "*mention écrite par lui-même*" qui permet de se conformer à la nouvelle définition de l'écrit de l'article 1316. Cette formalité, naguère appelée "mention manuscrite" est désormais devenue celle de la "mention écrite". La loi nouvelle a également supprimé la formalité dite du "*Bon pour*" ou de "*approuvé*" qu'exigeait en plus le droit antérieur.

En cas de différence entre le montant en chiffre et celui en lettres, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres. La prescription de la mention en lettres de la somme ou de la quantité promise a pour but d'attirer l'attention de la personne qui s'engage sur l'importance de l'obligation qu'elle souscrit et surtout d'éviter des fraudes. En effet, si la somme ou la quantité était indiquée uniquement en chiffres, le créancier pourrait très bien ajouter un zéro à la somme. Si la somme est écrite en lettres, cela est beaucoup plus difficile.

A défaut de respecter ce formalisme, l'acte ne vaut que comme commencement de preuve par écrit et non comme preuve littérale.

## **2°) L'autorité des actes sous seing privé**

\* En ce qui concerne son **origine**, c'est-à-dire ceux qui l'ont signé, l'acte sous seing privé est dénué de toute force probante dès lors que celui à qui on l'oppose refuse de reconnaître sa

signature. L'article 1373 du Code civil prévoit en effet que celui à qui on oppose un acte sous seing privé peut « désavouer son écriture ou sa signature ».

S'il ne reconnaît pas sa signature, le demandeur devra établir l'exactitude de l'origine de l'acte par la mise en œuvre d'une **procédure en vérification d'écriture**.

Une fois l'acte reconnu, soit spontanément, soit par un jugement de reconnaissance d'écriture, l'acte sous seing privé a, en ce qui concerne son origine, la même autorité qu'un acte authentique (art. 1372 C. civ.).

\* En ce qui concerne son **contenu**, l'acte sous seing privé ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire. Mais s'agissant de prouver "contre" un écrit, la preuve contraire devra être rapportée par écrit (art. 1359 C. civ.).

\* En ce qui concerne sa **date**, l'acte sous seing privé possède une autorité différente selon qu'on l'examine dans les rapports entre les parties ou à l'égard des tiers.

*A l'égard des parties*, la date inscrite sur l'acte fait foi jusqu'à preuve contraire rapportée selon les exigences de l'article 1359 C. civ..

*A l'égard des tiers*, le problème est plus délicat car il est à craindre que, dans un but frauduleux, les parties aient anti ou post daté le document. C'est pourquoi l'acte ne fait pas foi de sa date à l'égard des tiers.

Ex. : un bail pourrait être anti-daté en vue de faire apparaître sa conclusion antérieure à la vente de l'immeuble sur lequel il porte.

**Par exception**, l'acte acquiert **date certaine** à l'égard des tiers dans trois cas visés à l'article **1377** du Code civil :

- **enregistrement** de l'acte : c'est la date portée par le receveur de l'enregistrement qui constitue la date certaine
- **décès** de l'un des signataires : on attribuera à l'acte la date du décès
- **constatation** du sous seing privé dans un **acte authentique** : c'est alors la date de l'acte notarié qui sera du même coup la date du sous seing privé.

T° –

a) Le régime des actes sous seing privé

## **b) Les diminutifs des actes sous seing privé**

Parmi les documents qu'il est permis de considérer comme des diminutifs des actes sous seing privé, certains sont signés (1°), d'autre pas (2°).

### **1°) Les documents signés**

Il s'agit des **lettres missives** signées par leur expéditeur. Est-il permis de leur reconnaître la même force probante qu'aux actes sous seing privé ?

- La réponse est affirmative s'il s'agit d'établir un acte unilatéral dès lors qu'il remplit les exigences de l'article 1376 du Code civil.

- Une réponse négative s'impose en revanche s'agissant d'établir un contrat synallagmatique, l'acte ne valant au mieux que comme commencement de preuve par écrit.

## **2°) Les documents non signés**

Le Code civil donne force probante à certains documents non signés, notamment les livres de commerce (1), les papiers domestiques (2) et les copies (3).

**1) Les livres de commerce** sont les registres tenus par les commerçants, obligatoirement conservés par eux pendant dix ans, tels que le livre journal et le livre d'inventaire. Précisée par l'article 1378 du Code civil, leur force probante est variable.

- Ils font preuve contre celui qui les a établis.

- Si, en revanche, un commerçant les invoque en sa faveur, ce dernier ne peut en diviser les mentions pour ne retenir que celles qui lui seraient favorables (1378 CCil).

**2) Les papiers domestiques** sont les notes, les feuillets, les registres et autres livres de compte tenus par les particuliers.

- Ces documents ne sauraient être invoqués à son profit par celui qui les a rédigés (art. 1378-1 C. civ.).

- Force probante leur est, en revanche, reconnue contre leur auteur lorsqu'ils énoncent formellement un paiement reçu ou établissent une créance au profit d'un tiers (art. 1378-1 C. civ.).

**3) Les copies** présentent une force probante qui fait souvent difficulté.

- Tant que l'original subsiste sa présentation peut toujours être exigée (art. 1379 CCil *in fine*).

- Lorsque l'original n'existe plus, le principe est que la copie a la même force probante que l'original : « *La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge* ». 1379 du CCil. Toutefois le texte précise :

→ « *Est **réputée** fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique* ». Ainsi, par exemple, la première copie, revêtue de la formule exécutoire – que l'on appelle "la grosse" – remise par le notaire au créancier afin de faire valoir ses droits, a la même force probante que l'original.

→ « *Est **présumée** fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État.* »

A distinguer des copies, l'**acte récongnitif** est le document dressé pour reconnaître un droit déjà constaté dans un acte primordial antérieur. Il ne saurait être confondu avec la simple copie. Il constitue un nouvel original revêtu de la signature des parties. Il a en général pour but, soit de suppléer l'acte primordial détruit, soit d'interrompre une prescription en cours en obtenant, par cet acte, la reconnaissance du droit du créancier par le débiteur.

La force probante de ces actes récongnitifs est établie par l'article 1380 du Code civil :

T° – I. – Les preuves préconstituées : l'écrit

## **II. – Les autres modes de preuve : les preuves *a posteriori***

Faute d'avoir pu préconstituer une preuve littérale de son droit, celui qui veut en obtenir le respect devra en fournir d'autres preuves au juge, nécessairement *a posteriori*. Parmi les divers procédés utilisables, certains apportent une preuve directe car la démonstration porte sur l'objet de la contestation (1), d'autres indirecte (2) du droit que l'on prétend établir car la démonstration porte d'abord sur un objet voisin de l'objet de la contestation, puis sur ce dernier.

A. – Les preuves directes

B. – Les preuves indirectes

### **A. – Les preuves directes**

Certains des procédés de preuve entrant dans cette catégorie sont parfaits (a) en ce qu'ils lient le juge, d'autres sont imparfaits (b) en ce que le juge reste libre de sa décision.

1) Les procédés de preuve parfaits

2) Les procédés de preuve imparfaits

#### **1) Les procédés de preuve parfaits**

Doivent être rangés dans cette catégorie, l'aveu judiciaire (a) et le serment décisoire (b).

##### **a) L'aveu judiciaire**

L'aveu (art. 1383 CCil) est la déclaration par laquelle une personne reconnaît l'exactitude d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

Il a été pendant longtemps la preuve la plus probante. Les choses ont changé et l'expérience montre qu'à l'égard de l'aveu, on doit se montrer très prudent.

L'aveu est judiciaire lorsqu'il est effectué en justice au cours de l'instance relative au fait litigieux avoué.

✓ Portée de l'aveu judiciaire :

- Un tel aveu fait foi contre son auteur (art. 1383-2 C. civ.). Le fait avoué doit être considéré comme établi. La solution s'impose au juge alors même qu'il aurait une conviction différente.

- Un tel aveu est, cependant, **indivisible** en ce qu'il doit être retenu en son entier. Cette précision est importante lorsque l'aveu est complexe et qu'il contient plusieurs éléments de fait.

Ex. : l'auteur de l'aveu reconnaît avoir reçu une somme d'argent mais à titre de donation et non de prêt.

- L'aveu judiciaire est, en outre, **irrévocable** en ce que son auteur ne saurait le rétracter au motif qu'il aurait commis une **erreur de droit**, c'est-à-dire qu'il n'en aurait pas perçu toutes les conséquences juridiques. En revanche, il peut le rétracter s'il démontre qu'il fut le résultat d'une **erreur de fait**.

Ex. : Une personne reconnaît être débiteur parce qu'elle avait oublié avoir déjà remboursé. Puis elle retrouve une quittance : erreur de fait ⇒ l'aveu est rétractable.

Ex. : En revanche, si elle se rend compte que son aveu la contraint à rembourser, elle ne pourra plus le rétracter : erreur de droit.

## **b) Le serment décisoire**

Le serment est l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable.

Le serment est d'essence religieuse, c'est la prise à témoin de la divinité. Mais dans notre droit qui est un droit laïc, le serment a perdu, à l'heure actuelle, le caractère religieux de son origine. Il est devenu un mode preuve assez désuet.

L'article **1384** du Code civil distingue le serment décisoire et le serment déféré d'office par le juge.

Le serment décisoire (art. 1385 CCil) est celui qu'une partie défère à l'autre partie pour en faire dépendre la solution du litige. Concrètement, une des parties ne parvient pas à prouver un fait et demande à son adversaire de jurer que ce fait n'existe pas.

C'est une solution de désespoir dans les procès où il n'y a aucune preuve ; une partie ne trouvant aucun moyen de preuve demande à l'autre partie de jurer que tel fait est exact ou inexact.

Les effets du serment sont importants (art. 1385-1 et s CCil). Trois solutions sont possibles :

1) Si le plaideur à qui le serment est déféré le prête, jurant, par exemple, n'avoir jamais reçu la somme d'argent dont le remboursement lui est demandé, le procès se termine à son avantage. Aucune voie de recours ne peut être exercée au motif que le serment serait faux.

2) Si le plaideur à qui le serment est déféré refuse de le prêter, son refus s'analyse en un aveu judiciaire du bien-fondé de la prétention de son adversaire. Le litige est donc clos à l'avantage de ce dernier.

3) Le plaideur à qui le serment a été déféré peut aussi le référer à son adversaire, celui-ci étant, par exemple, sommé de jurer qu'il est effectivement en position de créancier. Tout renvoi étant alors exclu, ou bien ce dernier prête le serment qui lui est demandé et sort vainqueur du procès, ou bien il s'y refuse et le perd.

## **2) Les procédés de preuve imparfaits.**

Ces procédés ne lient pas le juge qui demeure libre de sa décision. Parmi ces procédés, certains émanent des parties (a), d'autres émanent des tiers (b).

### **a) Procédés de preuve imparfaits émanant des parties**

Entrent dans cette catégorie, l'aveu extra-judiciaire et le serment déféré d'office par le juge.

**1°) L'aveu extra-judiciaire** est l'aveu qui ne répond pas aux exigences requises pour être qualifié d'aveu judiciaire.

Il peut par exemple résulter d'une reconnaissance faite dans un autre procès, d'une déclaration faite devant un officier public ; il peut même être rédigé par écrit ou proféré verbalement devant témoins. Il n'est plus fait devant le juge saisi du procès.

Cet aveu extra-judiciaire ne lie pas le juge. Ce dernier apprécie souverainement la valeur qu'il convient de lui reconnaître. Plus exactement, sa valeur probante dépend de la forme dans laquelle il se coule : acte sous seing privé, authentique ou, plus souvent, simple déclaration verbale assimilée à un témoignage (art. 1383 -1 du Code civil).

**2°) Le serment déféré d'office** (avant appelé serment supplétoire) est une mesure d'instruction ordonnée d'office par le juge lorsque, insuffisamment convaincu par les éléments de preuve qui lui ont été présentés, il veut assurer sa conviction (art. 1386 et 1386-1 C. civ.).

Le juge peut déférer ce serment à l'un quelconque des plaideurs et celui-ci n'a pas la faculté de le référer. Mais, à la différence du serment décisoire, les magistrats demeurent libres d'apprécier la valeur du serment prêté.

Le recours à ce procédé est, en pratique, assez rare, le juge préférant ordonner une enquête ou une mesure d'instruction.

### **b) Procédés de preuve imparfaits émanant des tiers**

Il s'agit de la preuve par **témoins** ou preuve **testimonial**.

C'est un mode de preuve fréquent dans les sociétés anciennes peu familiarisées avec l'écrit : "***Témoins passent lettres***" affirmait-on au Moyen-Age pour dire que les témoignages avaient une force probante supérieure aux écrits. La découverte de l'imprimerie au XVe siècle et le développement de l'instruction renverseront cet ordre : "***Lettres passent témoins***" peut-on lire dans l'Ordonnance de Moulins en 1566.

Le témoignage s'analyse aujourd'hui comme la déclaration faite par une personne sur des faits dont elle a eu personnellement connaissance (art. 1381 CCil).

Les témoignages sont recueillis en justice par une procédure d'enquête étant précisé que certaines personnes, notamment les descendants de l'un des plaideurs, ne peuvent être entendus en qualité de témoin dans une affaire de divorce ou séparation de corps (art. 205 NCPC).

La force probante des témoignages recueillis est appréciée librement par le juge.

T° – A. – Les preuves directes

## **B. – Les preuves indirectes**

Constituent des preuves indirectes du droit que l'on prétend établir, la commune renommée (1) et les présomptions de fait (2).

### **1) La commune renommée**

La commune renommée est la preuve par "*oui dire*". Elle présente une extrême fragilité puisque l'auteur de la déclaration se borne à rapporter des rumeurs dont la véracité est incontrôlable.

Courante sous l'Ancien Droit, cette preuve n'est aujourd'hui plus admise qu'à titre exceptionnel.

### **2) Les présomptions de fait**

Il s'agit des conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1382 C. civ.). A partir de certains indices, le juge déduit l'existence d'autres circonstances que l'on arrive à démontrer (art.1382 du Ccyl).

Exemple : un enfant a intenté une action en recherche de maternité. Le juge constate une ressemblance frappante entre l'enfant et la femme qu'il prétend être sa mère ; ou bien il constate une tare génétique commune. Le juge pourra déduire de ces indices l'existence d'un lien de filiation.

Exemple : de la présence d'un des époux au domicile d'une tierce personne à 6h00 du matin régulièrement constatée par huissier (fait connu), le juge pourra déduire l'adultère (fait inconnu).

Contrairement aux présomptions légales qui renversent la charge de la preuve, les présomptions de l'homme ou de fait sont de **véritables modes de preuve** destinés à convaincre le juge de la véracité d'un fait.

Dans cette démarche, l'article **1382** du Code civil précise que ces présomptions ne lient jamais le juge. Le même article recommande de "*n'admettre que les présomptions graves précises et concordantes*". Mais cette directive est très générale et les tribunaux l'interprètent avec souplesse en acceptant de former leur conviction sur un unique fait.

T° – § I. – La diversité des modes de preuve

## **§ II. – La recevabilité des modes de preuve**

Deux systèmes d'admissibilité de la preuve sont possibles selon qu'on laisse au juge un large pouvoir d'appréciation ou selon que la loi détermine avec précision la preuve recevable et la force probante que le juge doit leur accorder.

- Le premier système dit de *la preuve libre* ou de "*l'intime conviction*" est le système adopté en droit pénal. Toutes les preuves sont admissibles et aucune ne s'impose au juge. Il tranche en toute liberté selon son intime conviction.
- Le deuxième système est un système dit de "*preuve légales*". C'est le législateur qui va énumérer les preuves recevables, qui va déclarer quels procédés de preuve sont admissibles dans tel ou tel cas et corrélativement il établira une hiérarchie entre ces preuves. Par cette organisation, le pouvoir d'appréciation du juge disparaît.

Le droit civil contemporain est mixte :

- Les actes juridiques sont soumis à un mécanisme de preuves légales (I).
- Les faits juridiques, au contraire, restent régis par le principe de la liberté de preuve (II).

I. – La preuve des actes juridiques

II. – La preuve des faits juridiques

### **I – La preuve des actes juridiques**

Elle obéit à un principe (A) mais ce principe subit des exceptions (B).

#### **A. – Le principe**

Le principe est celui de l'exigence d'une preuve littérale.

Enoncé par l'article **1359** du Code Civil, ce principe se dédouble : il convient de distinguer la preuve de l'acte juridique (1) et la preuve outre et contre l'écrit qui constate l'acte juridique (2).

1) La preuve de l'acte



## 2) La preuve outre et contre

### 1) La preuve de l'acte

*" L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. "*

En d'autres termes la preuve de tout acte juridique requiert un écrit dès lors que leur objet atteint une certaine valeur. Celle-ci était fixée à 150frs par les rédacteurs du Code civil, portée à 500frs en 1928 à cause des dévaluations, puis à 5000frs devenant avec le nouveau franc 50 Francs jusqu'en 1980, puis a été relevée à 5 000 Francs par un décret en date du 15 juillet 1980. Avec le passage à l'euro, la somme a été d'abord fixée à 800 euros **puis actuellement 1.500 €**. Désormais, la preuve de l'existence et du contenu d'un acte juridique doit être rapportée par écrit dès lors que les intérêts en jeu excèdent cette somme.

Etant précisé que :

- « *Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande* ». art. 1359 al.3 CCil
- « *Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant* ». art 1359 al. 4 CCil

Cette règle doit être distinguée des conditions de validité de l'acte juridique (*cf. infra*). Il ne s'agit que de la preuve de l'acte juridique.

Le fondement de cette exigence est assez naturel et ancien. Il repose sur deux considérations.

- L'une de **sécurité juridique** : l'Ancien droit a consacré le principe du consensualisme en vertu duquel un écrit n'est pas nécessaire à la validité d'un acte juridique. Pour assurer la sécurité juridique, il est donc devenu nécessaire d'exiger sa preuve par écrit. A partir de l'Ordonnance de Moulins (1566) précisant que "*lettres passent témoins*", le droit s'est méfié des témoignages, les témoins pouvant avoir la mémoire courte ou pire avoir été circonvenu par l'une des parties : "*qui mieux abreuve, mieux preuve !*".

- L'autre considération tient à la possibilité qu'ont les parties à un acte juridique de se **préconstituer** une preuve de celui-ci. L'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit : elle se projette dans l'avenir. L'acte précède toujours les effets de droit, contrairement au fait juridique qui se constate a posteriori. Aux parties à l'acte juridique d'être prévoyants.

### 2) La preuve outre et contre

L'article 1359 du Code Civil formule cette exigence sous les termes suivants : "*Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.*".

Cette formule, dont le style peut surprendre (maintenue lors de la réforme de 2016 !) si l'on ignore qu'elle remonte à une ordonnance royale de 1667, vise le cas où, un acte juridique ayant été constaté par écrit, un plaideur voudrait prétendre que l'écrit est inexact ("contre") ou incomplet ("outre"). "Contre" et "Outre" cet écrit, seule la preuve écrite est admise.

L'exigence est maintenue même si les intérêts en jeu sont inférieurs à 800 euros dès l'instant qu'il existe un écrit.

## **B. – Les exceptions**

Même lorsque l'exigence d'un écrit est requise, la preuve d'un acte juridique peut toujours être rapportée par l'aveu et le serment décisoire (art. 1361 Cciv). Au-delà, le législateur prévoit un certain nombre de cas dans lesquels la preuve d'un acte juridique pourra être rapportée par témoignage ou présomptions, c'est-à-dire par tous moyens.

Ces exceptions au principe de preuve littérale sont :

– **Premier cas** : *la valeur de l'engagement est inférieure à 1500 euros*

- **Deuxième cas** : *le commencement de preuve par écrit.*

Cette exception est prévue par les articles 1361 et 1362 du Code Civil. Aux termes de cet article,

« *Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué* ».

Aux termes de l'article, trois conditions doivent être remplies pour que joue l'exception.

- 1ère condition : il faut un écrit. Ce peut être, notamment, un écrit auquel il manque une des conditions exigées par la loi pour que ce soit une preuve parfaite (ex. : sous seing privé non signé, non respect de la formalité des doubles). Ce peut être aussi d'autres écrits tels que : lettres missives, registres et papiers domestiques, livres de comptes... Depuis une loi qui date du 9 juillet 1975, qui n'a d'ailleurs fait que consacrer la jurisprudence antérieure, sont également considérés comme un équivalent du commencement de preuve par écrit "*les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution*".
- 2ème condition : l'écrit doit émaner de celui auquel on l'oppose. On admet aussi que cet écrit émane du représentant de cette personne, par exemple, un mandataire (ex. S'agissant d'un mandataire). En revanche, n'est pas pris en compte au titre du commencement de preuve par écrit, l'écrit émanant du demandeur et celui émanant d'un tiers (admettre le contraire reviendrait à autoriser la preuve par témoignage)

- 3ème condition l'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. C'est là une exigence évidente qui est laissée à **l'appréciation souveraine** des juges du fond.

Une fois ces trois conditions remplies, le commencement de preuve par écrit ne prouve pas directement l'acte que l'on souhaite établir ; **il ne fait pas pleine preuve. Il rend simplement l'acte vraisemblable et autorise les autres procédés de preuve : présomption, témoignages...**

– **Troisième cas** : l'impossibilité de se procurer un écrit.

Cette exception est prévue par l'article **1360**, du Code Civil. Cet article prévoit deux types d'impossibilité : l'impossibilité matérielle, l'impossibilité morale.

- L'impossibilité matérielle de se procurer un écrit vise notamment l'hypothèse de la perte de l'écrit par le créancier, perte due à un cas de force majeure (vol) ou bien l'hypothèse d'obligations nées d'événements imprévus, tellement imprévus qu'il était impossible matériellement de rédiger un écrit. (Exemple : un incendie dévaste votre maison. Vous réussissez à emporter quelques objets que vous déposez chez un voisin, puis vous retournez combattre l'incendie. Vous n'avez pas eu le temps de rédiger un contrat de dépôt. Lorsque, plus tard, vous voudrez récupérer vos biens, le contrat de dépôt pourra être prouvé par tous moyens).
- L'impossibilité morale de se procurer un écrit, non prévue par le Code Civil de 1804, est une notion de pure création jurisprudentielle. Cette notion a été consacrée par la loi du 12 juillet 1980.

La jurisprudence avait admis, entre autres, que l'impossibilité morale puisse résulter :

- des usages. Ex. : il n'est pas admis par les usages qu'un médecin exige un écrit du malade auquel il donne des soins. Si le malade ne paie pas, le médecin pourra prouver le contrat par tous moyens.
- des liens de parenté ou d'alliance. Ex. : l'impossibilité morale a été admise dans les rapports entre parents et enfants, entre époux, entre frères et sœurs, entre gendre et beau-père, mais non entre oncle et nièce.
- de relations d'affection. Ex. : l'impossibilité morale a été admise entre fiancés ; avec plus d'hésitations entre concubins.
- de relations de subordination. Ex. : l'impossibilité a été admise dans les rapports entre patrons et employés.

L'impossibilité matérielle ou morale prouvée, la preuve de l'acte juridique est libre et peut donc être rapportée par tous moyens.

– **Quatrième cas** : la perte de l'original.

Visée à l'article **1360** du Code civil. Pour bénéficier de la liberté de la preuve, il faut démontrer que l'original a été perdu dans un événement de force majeure, c'est-à-dire imprévisible et irrésistible (par exemple, l'incendie de sa maison ou l'inondation).

Une fois la preuve de cet événement rapportée, la preuve de l'acte pourra être rapportée par tous moyens.

– **Cinquième cas** : l'accord des parties.

Cette dernière exception, souvent oubliée, est d'origine jurisprudentielle. La question qu'elle soulève est de savoir si l'article 1359 est ou non d'ordre public.

Contrairement à l'avis de certains auteurs qui considèrent l'exigence d'un écrit comme une règle d'intérêt général et donc d'ordre public, la jurisprudence, pour sa part, estime que cette règle protège seulement des intérêts privés n'intéressant pas l'ordre public. Cette interprétation jurisprudentielle permet ainsi aux parties de renoncer à l'exigence d'un écrit, soit avant le contrat, soit même en cours de procédure, sous la seule réserve, dans ce dernier cas, de ne pas invoquer l'argument pour la première fois devant la cour de cassation.

Depuis la réforme de 2016 la question est résolue par le législateur.

L'article 1356 du Code civil énonce ainsi :

*« Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition.*

*Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».*

## **II. – La preuve des faits juridiques**

- A la différence des actes juridiques, le **principe** est, ici, la liberté de la preuve (art. 1358 CCil) , mais avec ce corollaire que le juge apprécie souverainement les démonstrations qui lui sont apportées.

Ce principe a été affirmé par la loi du 12 juillet 1980, dans l'article 1348, alinéa 1, du Code civil, qui fait allusion aux obligations nées "d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit". A bien y réfléchir, l'exigence d'un écrit serait le plus souvent une absurdité dans la mesure où l'événement est inattendu : par exemple, un accident.

- A ce principe de liberté de la preuve, il existe toutefois quelques **exceptions**, concernant les faits juridiques les plus graves relatifs à **l'état des personnes**. Ainsi, la naissance, le décès, le mariage, ne se démontrent pas librement puisque leur preuve se fait au moyen d'actes de l'état civil.

Enfin, il existe en certains cas le système dit de la **preuve intrinsèque** en vertu duquel, pour prouver la démence de l'auteur d'un acte juridique après le décès de cette personne, il faut que la preuve de cette démence résulte de l'acte lui-même (art. 489-1 C. civ.).

## Leçon 9 – LA REALISATION DES DROITS SUBJECTIFS

– Lorsqu'une infraction a été commise par une personne, les magistrats du Ministère public (représentant l'Etat) déclenchent une *action publique* devant les juridictions répressives afin d'obtenir la condamnation de l'auteur de l'infraction à une sanction pénale (amende ou emprisonnement). Le procès pénal se déroule devant les tribunaux de police pour les contraventions, les tribunaux correctionnels pour les délits, les Cours d'assises pour les crimes.

– Lorsqu'un litige oppose une personne à l'administration, l'affaire est portée devant les tribunaux administratifs. Appel peut être interjeté devant une Cour administrative d'appel puis un recours peut être formé devant le Conseil d'Etat.

– Aux procès pénal et administratif s'ajoute le procès civil qui oppose des particuliers ; le litige est tranché par les juridictions de l'ordre judiciaire. Il convient de les connaître avant d'étudier la procédure qui en assure le fonctionnement.

Section I. – L'organisation judiciaire

Section II. – La procédure judiciaire

### Section I. – L'organisation judiciaire

Elle est composée d'institutions (§ I.) et de personnes (§ II.)

§ I. – L'institution judiciaire

§ II. – Le personnel judiciaire

#### § I. – L'institution judiciaire

La hiérarchie des juridictions constitue un principe essentiel de notre système judiciaire : il importe, en effet, qu'un plaideur mécontent du jugement rendu au premier degré (I.) puisse porter l'affaire devant une juridiction du second degré (II.) ; et, à supposer une erreur de droit commise à ce stade, il convient d'ouvrir un ultime recours devant la Cour de cassation (III.).

#### I. – Les juridictions du premier degré

On distingue la juridiction de droit commun, composée des TJ (1), et les juridictions d'exception (2).

##### A. – La juridiction de droit commun : les tribunaux judiciaires

Les TJ ont succédé au 1<sup>er</sup> janvier 2020 aux TGI et TI qui avaient eux mêmes succédés aux anciens tribunaux civils en 1958.

Dans les communes où siégeaient, avant le 1er janvier 2020, un tribunal de grande instance et un tribunal d'instance, le tribunal judiciaire fusionne les deux entités.

Dans les communes où ne siège pas de tribunal judiciaire, mais où siégeait un tribunal d'instance avant le 1er janvier 2020, des chambres de proximité des tribunaux judiciaires dénommées tribunaux de proximité sont créées.

## **1) Organisation**

Le TJ compte au moins 4 magistrats dont un Procureur de la République représentant du Ministère public.

Il se réunit habituellement en audience publique mais peut, lorsque l'affaire intéresse la vie privée des plaideurs, siéger à huis clos en Chambre du Conseil : le public n'est alors pas autorisé à assister aux débats.

Le président du Tribunal dispose de certaines attributions particulières :

– Il peut rendre des ordonnances sur requête par lesquelles il décide, à la suite d'une demande formulée par une personne, de certaines mesures d'urgence.

Il s'agit, par exemple, d'autoriser un créancier à saisir les biens de son débiteur.

Ces ordonnances ont pour caractéristique essentielle d'être prises sans débat contradictoire, c'est-à-dire que le tiers éventuellement visé n'aura pas été préalablement averti. C'est d'ailleurs l'objectif de cette procédure destinée à produire un effet de surprise.

– Le président du TJ peut également rendre des ordonnances de référé qui sont, comme les précédentes, prises dans un contexte d'urgence mais, contrairement aux précédentes, sont rendues à l'issue d'un débat contradictoire.

Ex. : empêcher la publication d'un journal dont un article porte gravement atteinte à la vie privée d'une personne.

## **2) Compétence**

La compétence d'une juridiction s'apprécie toujours sur deux plans : celui de la compétence d'attribution et celui de la compétence territoriale.

\* La compétence d'attribution détermine la nature des affaires dont une juridiction peut connaître.

**Les tribunaux judiciaires** statuent sur l'ensemble des affaires civiles personnelles ou mobilières. Ils sont les seuls compétents pour les litiges relatifs :

- À l'état des personnes (mariage, divorce, filiation...) ;
- Aux successions ;
- A l'adoption ;
- Aux saisies immobilières ;
- Aux redressements et liquidations judiciaires des débiteurs (ni commerçants ni immatriculés au répertoire des métiers) ;
- Aux injonctions de payer supérieures à 10 000 €.

Certains tribunaux judiciaires spécialement désignés statuent sur les litiges relevant du contentieux de la sécurité sociale et du contentieux technique et médical (incapacité, invalidité ...).

**Les chambres de proximité des tribunaux judiciaires** statuent sur les affaires civiles personnelles ou mobilières d'un montant inférieur ou égal à 10 000 €. Ces tribunaux de proximité sont également compétents pour les litiges liés :

- Au voisinage ou à la vie rurale ;
- Aux funérailles ;
- Aux injonctions de payer inférieures à 10 000 €.
- A tout autre compétence qui peut lui être confiée.

Enfin, au travers du juge des contentieux de la protection, chaque tribunal judiciaire ou tribunal de proximité peut statuer sur les litiges liés :

- Au crédit à la consommation ;
- Au surendettement des particuliers ;
- Au contrat de louage d'un immeuble à usage d'habitation ;
- A l'expulsion des personnes sans droit ni titre ;
- La protection des majeurs.

\* La compétence territoriale détermine, parmi les juridictions ayant compétence d'attribution, celle qui doit connaître de l'affaire.

Il est de principe que le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel demeure le défendeur, c'est-à-dire la personne nommément attaquée par celui qui prend l'initiative du procès, le demandeur.

Par exception, compétence territoriale est parfois attribuée à une autre juridiction mieux à même de connaître de l'affaire : en matière immobilière, est compétent le tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble litigieux ; en matière successorale, celui dans le ressort duquel la succession s'est ouverte.

## **B. – Les juridictions d'exception**

### **1) Les tribunaux de commerce**

Nés en 1790, ils sont composés de magistrats non professionnels élus par et parmi les commerçants. Ils connaissent donc parfaitement les usages professionnels mais, n'ayant aucune formation juridique, leur décision ne sont pas toujours à l'abri des critiques. Aussi une réforme envisage-t-elle d'introduire, aux côtés de ces juges commerçants, un magistrat professionnel...(cf. *JCP G*, 1999, n° 23, *act.*).

Compétence d'attribution est reconnue aux tribunaux de commerce pour connaître des litiges opposant les commerçants entre eux. Ils connaissent notamment du contentieux des faillites.



## **2) Les Conseils de Prud'hommes**

Les Conseils de Prud'hommes sont composés de juges élus pour moitié par et parmi les salariés et les employeurs.

Ils sont compétents pour connaître des litiges nés à l'occasion de la formation, de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail.

Ces litiges sont d'abord portés devant le bureau de conciliation composé de 2 juges, l'un représentant des salariés, l'autre les employeurs. A défaut de conciliation, l'affaire est tranchée par le bureau de jugement composé paritairement de 4 juges.

Le Conseil territorialement compétent est en principe celui dans le ressort duquel se situe l'établissement dans lequel le travail est accompli.

## **3) Les tribunaux paritaires des baux ruraux**

Créés en 1944, ils sont composés à égalité (comme son nom l'indique) de juges élus par et parmi les propriétaires de terres agricoles et les fermiers, locataires de ces terres. Contrairement aux juridictions précédentes, ces juges sont présidés par un magistrat professionnel appartenant au TI : il s'opère une véritable coopération entre les juges élus et le magistrat professionnel. C'est le système dit de l'échevinage.

Ils sont compétents pour trancher les litiges nés à l'occasion d'un bail rural (ex. : détermination du loyer). La compétence territoriale appartient à celui dans le ressort duquel est située l'exploitation agricole en cause.

## **II. – Les juridictions du second degré**

Les Cours d'appel, au nombre de 36, sont composées de magistrats professionnels qui portent le nom de Conseillers. Le Ministère Public est représenté par un Procureur général assisté d'un ou plusieurs avocats généraux.

La Cour d'appel siège habituellement en audience ordinaire composée de 3 conseillers. Elle peut également se réunir en Chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos. Enfin, elle siège en audience solennelle, comprenant au moins 5 conseillers, lorsqu'elle est saisie d'une affaire sur renvoi de la Cour de cassation.

Une cour d'appel est compétente pour connaître de l'appel interjeté contre les décisions de toutes les juridictions du premier degré, de droit commun ou d'exception, situées dans son ressort territorial.

Cependant, toutes ces décisions ne sont pas susceptibles d'être contestées par la voie de l'appel. On distingue, à cet égard, les jugements en premier ressort et les jugements en premier et dernier ressort.

Appel ne peut être interjeté que contre les jugements en premier ressort, c'est-à-dire ceux dans lesquels le montant de la demande est supérieur à 5.000 € (sauf pour les Conseils de Prud'hommes pour lesquels le taux de ressort est révisé chaque année par décret).

En revanche, les jugements en premier et dernier ressort, c'est-à-dire ceux dans lesquels le montant de la demande est inférieur à 5.000 € ne sont pas susceptibles d'appel. Ils ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation.

### **III. – La Cour de cassation**

La Cour de cassation (unique à Paris) a pour rôle d'assurer l'unification, au niveau national, de l'interprétation des règles de droit. La Cour est gardienne des lois. Sa fonction est de veiller à la correcte application du droit par les juges du 1<sup>er</sup> et du 2<sup>nd</sup> degré. Mais elle ne constitue pas un 3<sup>e</sup> degré de juridiction parce qu'elle n'apprécie pas les faits de chaque affaire ; elle ne juge que le droit.

On oppose ainsi la Cour de cassation, qui ne connaît que des aspects juridiques de chaque affaire, et les juges du fond, composés des juridictions des 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> degrés, qui d'une part apprécient souverainement les faits qui leur sont soumis et, d'autre part, leur appliquent le droit.

Ex. : Un accident de la circulation entre deux véhicules dont l'un a brûlé un feu rouge. Les juges du fond doivent dans un 1<sup>er</sup> temps vérifier la matérialité des faits : le véhicule a-t-il ou non brûlé le feu rouge ? Après avoir estimé que tel était bien le cas en fonction des éléments de preuve qui leur sont présentés, ils doivent en tirer des conséquences juridiques sur le droit à réparation du conducteur blessé : ils appliquent alors, aux faits qu'ils ont appréciés, les règles de droit. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation ne reviendra pas sur la constatation, faite par les juges du fond, que le véhicule a effectivement brûlé le feu ; en revanche, elle vérifiera que les juges du fond auront bien tiré toutes les conséquences juridiques de cette faute.

En bref, les juges du fond jugent en *fait* et en *droit* ; la Cour de cassation ne statue qu'en *droit*.

La Cour de cassation est compétente pour contrôler la totalité des décisions rendues en dernier ressort, qu'il s'agisse des arrêts des cours d'appel ou des jugements rendus en premier et dernier ressort par les juridictions du premier degré.

La Cour de cassation est composée de conseillers répartis en 6 chambres différentes : 3 Chbres civiles, 1 Chbre commerciale, 1 Chbre sociale et 1 Chbre criminelle. A la tête de chaque Chbre est placé un Président et à la tête de la Cour de cassation, un Premier Président.

Le Ministère public est représenté par un Procureur général assisté d'avocats généraux.

La Cour de cassation peut siéger en diverses formations :

– Elle se réunit ordinairement en Chambre composée d'au moins 5 conseillers. En fonction de la nature de l'affaire, celle-ci est portée devant l'une des chambres civiles, commerciale...

L'examen du pourvoi en cassation conduira la chambre saisie :

- . soit à rejeter le pourvoi, ce qui mettra un terme à la procédure
- . soit à casser la décision rendue par les juges du fond. Dans ce cas, elle renverra en principe l'affaire devant une juridiction du fond de même nature et de même degré que celle dont la décision a été cassée.

– La Cour de cassation peut également siéger en Chambre mixte, rassemblant des Conseillers appartenant à 3 chambres au moins.

La réunion d'une Chambre mixte est obligatoire en cas d'égal partage des voix dans la chambre normalement compétente. Elle est facultative lorsqu'une affaire soulève une question relevant de la compétence de plusieurs chambres.

– La Cour de cassation peut, enfin, siéger en Assemblée plénière, formation, autrefois appelée Chambres réunies (avant 1967), qui comprend des Conseillers de toutes les Chambres.

Le renvoi devant l'Assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des divergences de solutions entre les juridictions du fond.

La Réunion de l'Assemblée plénière est, en revanche, obligatoire lorsque la même affaire revient, pour la deuxième fois devant la Cour de cassation. Ce qui suppose que :

1) La Cour de cassation ait déjà cassé une première décision rendue par une juridiction du fond et ait renvoyé l'affaire devant une autre juridiction de même nature.

2) Que la juridiction de renvoi ne se conforme pas à la décision de la Cour de cassation et qu'elle soit à nouveau attaquée sur les mêmes bases que la première, dans un second pourvoi en cassation.

L'assemblée plénière peut alors, comme n'importe quelle chambre, rejeter le pourvoi ou casser la décision d'appel en renvoyant, pour la dernière fois, l'affaire devant une juridiction du fond de même nature, laquelle devra se conformer à la décision de l'Assemblée plénière, mettant un terme définitif à l'instance.

Enfin, il convient de signaler qu'une loi du 15 mai 1991 a institué la saisine pour avis de la Cour de cassation : *"avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent... solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de 3 mois de sa saisine"*. Même si l'avis formulé ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande, son influence sera sans doute importante sur le litige en cours et ceux à venir. Est ainsi renforcé, par un mécanisme préventif, le rôle d'unification du droit incombant à la Cour.

[§ I. – L'institution judiciaire

[§ II. – Le personnel judiciaire

## **§ II. – Le personnel judiciaire**

Il comprend le personnel des juridictions (I.) et les auxiliaires de la justice (II.).

### **I. – Le personnel des juridictions**

Il s'agit des magistrats (A) et des greffiers (B).

#### **A. – Les magistrats**

On distingue les magistrats du siège (1) et les magistrats du Ministère public (2).

### **1) Les magistrats du siège**

Ils ont pour fonction de juger.

Nommés par le Ministre de la Justice, ils sont inamovibles, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent recevoir aucune affectation nouvelle, même en avancement, sans leur accord.

### **2) Les magistrats du Ministère Public**

Leur fonction n'est pas de juger mais de requérir la justice au nom de l'intérêt général. Le Ministère public, encore appelé le Parquet, intervient aux procès soit par voie d'action, lorsqu'il déclenche une procédure, soit par voie de réquisitions lorsqu'il se contente d'intervenir dans un procès auquel il n'a pas donné naissance simplement pour donner son avis aux juges sur la façon dont il souhaite voir le problème résolu.

Les magistrats du Ministère public, placés sous l'autorité du Garde des Sceaux, sont tenus de suivre les indications de leur supérieur hiérarchique (*cf. actualités...*) et ne sont pas inamovibles.

## **B. – Les greffiers**

Les greffiers sont des fonctionnaires, membres de la juridiction à laquelle ils sont rattachés, chargés d'assister les magistrats à l'audience et de conserver les archives des jugements.

## Le personnel judiciaire comprend celui des juridictions (I.) et les auxiliaires de la justice (II.).

## **II. – Les auxiliaires de la justice**

Certains sont officiers ministériels (1) d'autres non (2).

### **1) Les officiers ministériels**

Les officiers ministériels sont titulaires d'un droit patrimonial sur la charge dans laquelle ils ont été nommés par le Ministre de la Justice. Ce droit patrimonial leur permet de transmettre leur office moyennant une rémunération (en réalité ils ne vendent pas leur charge mais ont le droit de présenter leur successeur au Ministre de la Justice et de percevoir, à cette occasion, le prix de leur charge).

Parmi les officiers ministériels, il faut ranger :

– Les avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat qui ont, auprès de ces juridictions, le monopole de la représentation des plaideurs.

– Les **huissiers** de justice ont le monopole de la signification, c'est-à-dire de la notification des actes judiciaires (ex. : assignation) ou extra-judiciaires (ex. : établissement de constats).

– Une place particulière doit être réservée aux **notaires** : ce sont des officiers publics (= ayant la faculté de requérir, au besoin avec le secours de la force publique, l'exécution de certains droits) qui n'interviennent pas dans le cadre des contentieux mais sont investis, par la loi, du pouvoir de délivrer des actes authentiques, c'est-à-dire des actes qui bénéficient d'une force probante particulière (*cf. infra*) et peuvent être dotés de la force exécutoire leur permettant de donner lieu à exécution forcée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une décision de justice. Le recours au notaire est obligatoire dans un certain nombre de cas : établissement d'un contrat de mariage, constitution d'hypothèque, ventes d'immeubles...

## **2) Les auxiliaires non-officiers ministériels**

– Il s'agit tout d'abord des avocats qui exercent une profession libérale regroupant, en pratique, deux catégories d'activités : celle de conseil, exercée avant la fusion des professions par la loi du 31 décembre 1990 par les conseils juridiques, celle de la plaidoirie devant les juridictions auprès desquelles ils sont inscrits, c'est-à-dire de la représentation en justice de leurs clients.

– Il s'agit ensuite de la profession des administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs qui interviennent dans le cadre des procédures collectives touchant les entreprises en difficultés.

[Section I. – L'organisation judiciaire

[Section II. – La procédure judiciaire

## **Section II. – La procédure judiciaire**

Pour pouvoir engager une procédure judiciaire, il faut être titulaire d'une action en justice (§ I.). Une fois la demande présentée, l'instance est mise en œuvre (§II.) ; elle débouche, à terme, sur le prononcé d'un jugement (§ III.).

§ I. – L'action

§ II. – L'instance

§ III. – Le jugement

### **§ I. – L'action en justice**

L'action est le pouvoir légal grâce auquel une personne peut obtenir en justice le respect du droit dont elle se prétend titulaire. Autre définition (art. 30 NCPC) : l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

L'exercice d'une action suppose la réunion de deux conditions : l'intérêt (I.) et la qualité (II.).

## **I. – L'intérêt**

Un adage classique résume la règle : "*pas d'intérêt, pas d'action*" : pour agir en justice, il faut y avoir un intérêt. Cet intérêt doit revêtir certains caractères :

– L'intérêt doit être légitime, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

Ex. : pendant longtemps, la jurisprudence a refusé à la concubine dont le compagnon avait été tué dans un accident le droit d'agir en justice afin d'obtenir des dommages-intérêts.

– L'intérêt doit être né et actuel, c'est-à-dire qu'un intérêt simplement éventuel ne saurait justifier l'exercice d'une action en justice.

# 2<sup>e</sup> condition de l'action en justice

## **II. – La qualité**

Pour agir en justice, il faut être capable. Sont ainsi exclus les mineurs non émancipés et les majeurs frappés d'une incapacité (assistance du curateur et représentation du tuteur).

Par ailleurs, la qualité est en principe reconnue à toute personne pour la défense de ses intérêts particuliers, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales (ex. : recouvrement d'une créance).

Toutefois, certaines personnes peuvent être habilitées à agir pour la défense d'intérêts collectifs plus ou moins étendus.

- Ainsi en est-il des syndicats professionnels qui ont qualité pour agir en vue de la défense des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent.

- Il en est de même des associations agréées de consommateurs qui peuvent agir pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs.

###

§I. – L'action

§II. – L'instance

§III. – Le jugement

## **§ II. – L'instance**

La personne titulaire de l'action met en mouvement l'instance en présentant une demande.

La demande est l'acte par lequel une personne prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions.

Elle est généralement formée, en matière contentieuse, par assignation, acte d'huissier par lequel le demandeur cite son adversaire, le défendeur, à comparaître devant le juge.

Une fois l'instance mise en mouvement, il convient d'en étudier le déroulement (A.) et les caractères (B.).

I. – Le déroulement de l'instance

II. – Les caractères de l'instance

## **I. – Le déroulement de l'instance**

Le défendeur à l'instance dispose de plusieurs moyens de défense pour paralyser l'initiative du demandeur : il peut présenter une défense au fond, une exception ou une fin de non-recevoir.

### **A. – La défense au fond**

La défense au fond est le moyen par lequel le défendeur nie l'existence du droit dont se prétend titulaire le demandeur.

Ex. : le défendeur à qui est réclamée une somme d'argent prétendument prêtée rétorquera qu'il n'a jamais reçu le moindre prêt ou qu'il l'a déjà remboursé.

### **B. – L'exception**

L'exception est le moyen de défense par lequel le défendeur entend mettre obstacle à l'action en faisant déclarer la procédure irrégulière.

Ex. : exception d'incompétence par laquelle le défendeur soutient que la juridiction saisie n'est pas compétente pour connaître de l'affaire.

Ex. : exception dilatoire par laquelle le défendeur prétend qu'il dispose d'un délai pour accomplir certaines opérations dont le demandeur réclame l'exécution immédiate.

Ex. : exception de nullité par laquelle le défendeur soutient que les actes de procédure accomplis par le demandeur sont entachés d'irrégularité.

Les exceptions doivent, pour être recevables, être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Elles n'aboutissent, en général, qu'à un arrêt momentané de la procédure.

### **C. – La fin de non recevoir**

La fin de non recevoir est le moyen de défense par lequel le défendeur entend faire déclarer la demande irrecevable.

Ex. : Le défendeur fait valoir que le demandeur n'avait pas la qualité ou l'intérêt requis pour agir.

[I. – Le déroulement de l'instance

[II. – Les caractères de l'instance

## **II. – Les caractères de l'instance**

Parmi les principes qui gouvernent l'instance, deux présentent un intérêt essentiel :

A. – Le principe dispositif

B. – Le principe du contradictoire

## **A. – Le principe dispositif**

Selon ce principe, la direction du procès est abandonnée aux plaideurs. Cela signifie que les parties ont seules l'initiative du procès, de son instruction et de son déroulement. Le juge doit seulement se contenter de trancher le litige qui lui est soumis.

Ce principe dispositif est la marque de la procédure accusatoire que l'on oppose à la procédure inquisitoire dans laquelle le juge conduit lui-même le procès. Une telle procédure peut être observée en matière pénale et administrative.

## **B. – Le principe du contradictoire**

Ce principe exige que chaque partie ait la liberté d'attaquer et de se défendre, la possibilité de connaître et de discuter les documents produits ainsi que les témoignages déposés par son adversaire.

Ce principe est un élément essentiel de la garantie des droits de la défense.

A cet effet, l'article 14 du NCPC dispose que "*nul ne peut être jugé sans avoir été entendu ou appelé*". La formule ne signifie pas pour autant que toutes les instances sont contradictoires.

Le jugement est dit contradictoire lorsque les deux parties ont comparu et ont accompli l'ensemble des actes de la procédure. Mais si, après avoir comparu, l'un des plaideurs n'accomplit plus aucun acte de procédure, le jugement sera réputé contradictoire. Et lorsque le défendeur, régulièrement assigné, ne comparaît pas dès l'origine, le jugement sera soit réputé contradictoire, soit rendu par défaut : il suffit, en effet, que le défendeur ait été "*appelé*".

###

§ I. – L'action

§ II. – L'instance

§ III. – Le jugement

## **§ III. – Le jugement**

Le jugement, dans un sens strict, désigne la décision émanant d'une juridiction du premier degré. Les Cours d'appel et la Cour de cassation ne rendent pas des jugements mais des arrêts. De même, le président de certaines juridictions rendent des ordonnances.

Dans un sens large, ici retenu, le jugement désigne tout acte par lequel une juridiction met fin à l'instance engagée devant elle. Il convient d'en étudier le prononcé (I.) et les effets (II.).

## **I. – Le prononcé du jugement**

A. – La classification des jugements

B. – Les voies de recours



## **A. – La classification des jugements**

On rappellera la classification déjà rencontrée entre les jugements en premier ressort et ceux en premier et dernier ressort ; et celle entre les jugements contradictoires, réputés contradictoires et par défaut.

Il convient, en revanche, de dire quelques mots des jugements définitifs et des jugements *avant-dire droit*.

Le **jugement avant-dire droit** est celui qui intervient au cours du procès et par lequel le juge ordonne une mesure ponctuelle et provisoire.

Ex. : mesure d'instruction telle qu'une enquête ou une expertise

Le **jugement définitif** est en revanche celui qui tranche le litige. Il est dit "définitif" parce que le juge qui l'a rendu n'a plus à y revenir ; mais cela ne signifie nullement que la question se trouve définitivement tranchée car des voies de recours demeurent possibles...

## **B. – Les voies de recours**

Une distinction doit être faite entre les voies de recours ordinaires (1) et les voies de recours extraordinaires (2).

Une fois expirés les délais pour exercer les voies de recours ordinaire, le jugement passe en **force de chose jugée**.

Une fois expirés les délais pour exercer les voies de recours extraordinaires, les jugements sont dits **irrévocables**.

### **1) Les voies de recours ordinaires**

Ces voies de recours sont l'appel (a) et l'opposition (b).

#### **a) L'appel**

L'appel est une voie de recours de droit commun par laquelle le plaideur mécontent du jugement rendu au premier degré le défère à une juridiction du second degré, c'est-à-dire à une cour d'appel.

Appel peut être interjeté contre tous les jugements rendus au premier degré, à l'exception de ceux rendus en premier et dernier ressort.

Il doit être formé dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement. Celui qui interjette appel est l'appelant ; celui qui se trouve en position de défendeur est l'intimé.

L'appel produit deux séries d'effets :

– Un effet suspensif, ce qui signifie que jusqu'au prononcé de la décision d'appel, la personne condamnée au premier degré est dispensée d'exécuter le jugement initial. Par

exception, il arrive que les juges du premier degré ordonnent l'exécution provisoire de leur décision.

– Un effet dévolutif, en ce sens que l'affaire est transmise aux magistrats du second degré dans tous ses éléments, tant de fait que de droit. Par conséquent, la Cour d'appel peut soit confirmer le jugement initial, soit l'infirmier, en totalité ou en partie.

### **b) L'opposition**

L'opposition est une voie de recours de droit commun par laquelle la personne qui a négligé de comparaître lors d'une première instance s'efforce d'obtenir la rétractation du jugement rendu par défaut.

L'opposition doit être exercée dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement rendu par défaut. Elle produit, comme l'appel un effet suspensif et un effet dévolutif.

Mais, alors que l'appel constitue une voie de réformation, l'opposition apparaît comme une voie de rétractation : elle est exercée devant la juridiction qui a déjà statué et lui demande de se rétracter pour juger à nouveau en fait et en droit.

## **2) Les voies de recours extraordinaires**

Elles ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi. Ces recours sont au nombre de trois : la tierce opposition (a), le recours en révision (b) et le pourvoi en cassation (c).

### **a) La tierce opposition**

La tierce opposition permet aux tiers à l'instance d'obtenir la rétractation de tout ou partie d'une décision qui leur porte préjudice.

Ex. : permet aux créanciers d'attaquer un jugement rendu à la suite d'une collusion frauduleuse entre leur débiteur et son adversaire.

Cette voie de recours est ouverte pendant un délai de 30 ans à compter du jour où la décision a été rendue.

### **b) Le recours en révision**

Le recours en révision permet à l'une des parties d'obtenir la rétractation d'un jugement obtenu par fraude de la partie adverse, notamment par la présentation de fausses pièces ou de faux témoignages.

Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter du jour où il a eu connaissance de la fraude.

### **c) Le pourvoi en cassation**

Le pourvoi en cassation est une voie de réformation permettant d'obtenir de la Cour de cassation qu'elle censure la non-conformité aux règles de droit d'une décision.

Un pourvoi peut être formé contre les décisions rendues en dernier ressort. Le délai pour agir est de 2 mois à compter de la notification de la décision attaquée.

Un pourvoi peut être formé par toute personne partie à l'instance précédente. Mais cette voie de recours peut également être mise en œuvre par le Ministère public dans l'intérêt de la loi lorsqu'aucune des parties n'a formé de pourvoi et que le Procureur Général près la Cour de cassation estime que l'affaire soulève une question de principe.

Le pourvoi en cassation n'a, en principe, aucun effet suspensif. La décision attaquée doit donc être immédiatement exécutée. Par exception, un tel effet lui est toutefois reconnu dans certains domaines, en matière de divorce notamment (on pourrait, sinon, être confronté à des situations étranges, deux personnes étant successivement considérées comme divorcées puis mariées à supposer que la décision d'appel soit cassée..).

Le pourvoi n'a pas davantage d'effet dévolutif puisque seules les questions de droit sont soumises au contrôle de la Cour de cassation, à l'exception des éléments de fait.

[I. – Le prononcé du jugement

[II. – Les effets du jugement

## **II. – Les effets du jugement**

Le jugement est doté de l'autorité de la chose jugée (A) et acquiert, à certaines conditions, force exécutoire (B).

### **A. – L'autorité de la chose jugée**

L'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif des jugements définitifs rendus en matière contentieuse, c'est-à-dire aux décisions tranchant un litige entre deux ou plusieurs personnes.

Il ne s'attache pas aux motifs de la décision, c'est-à-dire aux éléments du raisonnement suivi par les magistrats, mais seulement au dispositif, c'est-à-dire à la conclusion que les magistrats tirent de leur raisonnement : annulation du contrat, condamnation au paiement de dommages-intérêts...

L'autorité de la chose jugée a pour effet d'interdire que soit à nouveau porté en justice un litige ayant le même objet (ex. : revendication d'un droit de propriété), fondé sur la même cause (ex. : existence d'un contrat de vente) et opposant les mêmes parties. Cette dernière condition a pour conséquence que l'autorité de la chose jugée ne présente qu'un caractère relatif, en ce sens qu'elle ne lie que les parties à l'instance et non les tiers.

### **B. – La force exécutoire**

Lorsqu'il a acquis force exécutoire, le jugement peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée à supposer que le plaideur condamné ne l'exécute pas spontanément.

Un jugement acquiert force exécutoire dès lors qu'il n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours suspensif d'exécution.

⇒ En principe, il acquiert donc force exécutoire dès lors qu'il passe en force de chose jugée, c'est-à-dire que les délais offerts pour exercer les voies de recours ordinaires ont expiré. La force de chose jugée marque en effet le caractère exécutoire de la décision.

⇒ Par exception, une décision acquiert immédiatement force exécutoire si l'exécution provisoire a été ordonnée par le juridiction qui en est l'auteur.