

UNIVERSITE GASTON BERGER DE SAINT-LOUIS

UFR SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

LICENCE 1

**COURS DE DROIT CIVIL 1 : INTRODUCTION AU DROIT ET DROIT DES
PERSONNES**

Titre 1 : Le droit

Par Mbissane NGOM

Agrégé en droit privé et sciences criminelles

Année académique 2015-2016

Titre 1 : Le droit

Le droit a pour objet de régir des rapports sociaux entre personnes, car il n'y a pas de droit sans société comme à l'inverse il n'y a pas de société sans droit. Le droit est donc norme régulatrice des rapports humains en société. Mais, il n'est pas seul à jouer ce rôle. Il faut donc identifier ce qui en fait la spécificité avant d'étudier ses sources.

Chapitre 1 : L'identification du droit

Plusieurs définitions du droit existent. Toutes ne permettent pas d'identifier correctement le droit. Elles partagent cependant une constante : l'idée que le droit est un instrument de régulation, de direction des comportements sociaux. La diversité de ces comportements, et des règles qui leur sont applicables expliquent et justifient les divisions du droit que transcende une distinction majeure entre droit objectif et droits subjectifs.

Section 1 : Qu'est-ce que le droit ?

Le doyen Georges Vedel a eu en 1945 ce mot : « Je ne sais toujours pas ce qu'est le droit, mais je sais désormais ce qu'est un Etat sans droit ». Ce mot résume l'incertitude de la réponse que l'on peut apporter à une étourdissante question : qu'est-ce que le droit ?

Il est plus facile de définir le droit par ce qu'il n'est pas que par ce qu'il est¹.

Dès l'entame, mettons en évidence l'ambiguïté de terme « Droit ». Tantôt, il désigne la règle ou la norme (droit des personnes, droit de la famille, droit constitutionnel,...), tantôt il sert à distinguer, à dissocier le substrat, le résultat de la règle. Ainsi apparaît la différence entre le droit et ce qui peut être son support.

Le droit, envisagé comme résultat de la règle, organise la vie sociale et l'activité juridique. A ce titre, il est un phénomène social et normal dont le contenant, la règle de droit, présente certains caractères.

¹ C. Atias, *Devenir Juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, 2011 ; Ph. Jestaz, *Le droit*, 3^e éd., Dalloz, 1996

§ 1 : Le droit, un phénomène social et normatif

Pour se convaincre que le droit est un phénomène social, il faut juste s'imaginer Robinson Crusoë dans son île. Il n'a aucun besoin de droit. La notion de droit n'a aucun sens pour un homme seul, car il est dans l'impossibilité de nouer des relations avec autrui. Le droit suppose la présence d'autrui, il a son siège dans les rapports sociaux qu'il organise. En effet, le droit a pour objet de régir des rapports sociaux. Il le fait de deux manières : par l'organisation des rapports de gouvernant à gouverné et des rapports entre simples particulier. Ces procédés révèlent les deux objectifs du droit : promouvoir la paix sociale et façonner la société.

Phénomène social, le droit doit être distingué d'autres phénomènes qui cherchent également à ordonner la société. Le droit n'est pas la morale. Celle-ci relève du for intérieur et est fondamentalement la science des comportements vertueux. Les vertus ont pour objets les rapports avec autrui et les rapports avec soi-même. La morale a pour objet de dire ce qui est bien ou ce qui est mal. Elle régir un domaine qui est le for interne des individus et qui n'intéresse pas le droit. Celui-ci s'intéresse au for externe des personnes.

De même, il faut distinguer le droit de la religion. Celle-ci, entendue comme un système de croyances privées relatives à l'existence de Dieu, présente ses commandements comme venant de Dieu. Elle est fondée sur un rapport transcendant. Alors que le droit ambitionne uniquement les relations extérieures des hommes entre eux. Mais il existe une influence réciproque entre les deux. Certains Etats ne distinguent pas le droit de la religion.

Il est donc important de noter que les finalités de la morale, de la religion et du droit diffèrent. La morale tend au bien et a pour finalité le bonheur de la personne ; la religion tend à la vérité et a pour fin Dieu ; le droit tend au bon, à l'équitable et a pour fin la justice (mais cette question de la finalité du droit est discutée).

Mais le droit est aussi et surtout un phénomène normatif. C'est ce que voit le plus le profane. Ce caractère ressortit de la prescription contenue dans toute règle de droit. Les règles de droit sont obligatoire et assortit d'une possibilité de contrainte extérieure, par

la force publique. Cette possibilité de sanction étatique a été présentée comme le critère distinctif du droit, le critère ultime et décisif. Le respect de la règle de droit est assuré par l'autorité publique. Mais, toutes les règles de droit ne font pas l'objet d'une sanction étatique. Il en est ainsi des obligations naturelles. De même, pour certaines normes juridiques la sanction étatique est de faible utilité, soit parce qu'elle est inadaptée, soit parce que l'exécution forcée n'est pas possible.

Ainsi, le Professeur Bruno Oppetit a pu écrire que « une règle n'acquiert pas la juridicité parce qu'elle est sanctionnée par l'autorité publique, elle est au contraire sanctionnée parce qu'elle est juridique ».

Ainsi se comprend l'émergence d'une soft law, composé d'un droit flou (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction).

§ 2 : Les caractères de la règle de droit

Le droit s'exprime à travers une règle qui présente un certain nombre de caractères. Ceux-ci sont fonction de la source de la norme. Si l'on envisage les règles de droit positif, il apparaît qu'elles sont, générales, permanentes et obligatoires. Généralité et permanence garantissent la sécurité juridique parce qu'elles confèrent à la règle de droit une certaine prévisibilité.

A. La généralité

La généralité exprime la vocation de la règle de droit à s'appliquer à un groupe d'individus et non à une personne déterminée. Elle s'adresse à toutes les composantes du corps social. On dit aussi qu'elle est impersonnelle. La règle concerne chacun et ne vise personne en particulier. La règle de droit vise une catégorie de personnes sans viser personne en particulier. Elle ne nomme personne en particulier. On comprend dès lors le pourquoi de l'utilisation des formules : "Quiconque..." ; "Toute personne...".

La règle de droit vise des situations et non des personnes et toutes les personnes qui sont dans la situation envisagée par la règle ont vocation à se la voir appliquer.

B. La permanence

Ce caractère exprime la vocation de la règle de droit à durer dans le temps et faire l'objet d'une application constante pendant son existence. La règle de droit doit durer un certain temps même si elle n'a pas vocation à l'éternité. Elle n'est pas perpétuelle. Elle peut être abrogée de façon expresse ou tacite.

C. Le caractère obligatoire

C'est le caractère qui pose le moins de difficulté parce qu'il semble le plus assuré en raison de sa nature coercitive. La règle de droit est un commandement. Elle exprime un ordre, prescrivant l'accomplissement d'un acte ou interdisant d'en accomplir un autre. Elle est également permission ou affirmation d'un droit.

La possibilité d'une sanction renforce cette volonté de la règle de droit d'être obéie.

Section 2 : Divisions du droit

Ce qui caractérise le droit, lorsque l'on envisage la substance de la règle qui le porte, c'est la diversité de sa matière. Présenté comme un arbre, le droit comporte plusieurs branches spécifiques à chaque aspect de la vie en société. Les distinctions majeures sont traditionnelles. Elles sont aujourd'hui remises en cause par des tendances nouvelles qui trouvent leurs sources dans la spécialisation, la diversification et la complexification du droit.

Traditionnellement, on distingue le droit interne du droit international, le droit public du droit privé et il existe une série de droits mixtes.

§ 1 : La distinction droit interne et droit international

Le droit interne, c'est le droit national, le droit d'un Etat applicable sur le territoire de celui-ci lorsque le rapport de droit en cause ne met en présence que des individus de cet Etat et se manifeste à l'intérieur du pays sans qu'intervienne un élément d'extranéité (étranger par rapport au pays dans lequel on se situe). Lorsqu'il y a un

élément d'extranéité, c'est le droit international qui est applicable. On distingue le droit international public pour les relations entre les sujets particuliers de droit que sont les Etats et le droit international privé qui régit les rapports des particuliers entre eux lorsqu'il existe un élément étranger.

§ 2 : La distinction droit public et droit privé

Cette division est vécue par les juristes de tradition latine (elle n'existe pas en droit anglais) comme une *summa divisio*. C'est une sorte d'horizon indépassable. Elle domine l'ensemble du droit. Mais elle présente des vertus principalement pédagogiques, la vie montrant qu'il n'y a guère une séparation nette entre le droit public et le droit privé.

La distinction entre le droit public et le droit privé a prospéré dans le droit issu du droit romain parce que la civilisation latine est parvenue à séparer la vie privée de la vie publique.

Ulpien disait, et il consacrait ainsi la distinction majeure du droit interne, « *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem* » (Le droit public est relatif à l'organisation de la chose publique, la chose de Rome ; le droit privé à l'intérêt des particuliers).

Relatif aux affaires publiques, le droit public a pour objet l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Il repose sur deux grands piliers : le droit administratif et le droit constitutionnel. Au-delà, le droit public, c'est le droit des finances publiques, celui des libertés publiques, de la fonction publique, des marchés publics, ...

Relatif aux affaires privées, le droit privé régit les rapports des particuliers entre eux. C'est le droit des personnes privées. On y retrouve un bloc majeur, le droit civil, aujourd'hui encore considéré comme le droit commun. Droit commun parce qu'il est le droit fondamental à tout autre droit privé. Le droit civil est en effet le droit conceptuel du droit privé, tous les mécanismes essentiels du droit ont été élaborés par le droit civil. Il est le droit des personnes et de la famille et il est le droit des contrats spéciaux qui forment la base de beaucoup d'autres dérivés. Mais, le droit privé se

prolonge en droit des affaires, en droit de la consommation, en droit judiciaire, en droit de la propriété intellectuelle, en droit financier, droit des assurances, droit des transports.

§ 3 : Les droits mixtes

Il existe une diversité de droits qui ne répondent pas intégralement aux critères retenus pour être classés dans l'une ou l'autre des parties de la *summa divisio*. Ces droits sont dits mixtes car les règles qui les constituent relèvent pour certains du droit privé et pour d'autres du droit public.

Le premier de ces droits mixtes est le droit pénal. C'est un droit de marginaux (les délinquants) souvent tenu comme un droit marginal car il est entre le droit privé et le droit public. Le droit pénal n'est ni public, ni privé, présentant les caractères de l'un et de l'autre. Certains auteurs considèrent même qu'il est une troisième catégorie. Il a pour objet la répression des infractions pénales, la prévention des attitudes délictueuses, la rééduquer et l'insertion des anciens délinquants.

Le droit du travail est également considéré comme un droit mixte. Il intéresse la condition des travailleurs salariés et régit les relations entre employeur et employé.

Le droit processuel est également un droit mixte.

Section 3 : Composantes du droit

Les finalités du droit donne une indication de ses composantes. En s'attachant à définir les rapports entre gouvernant et gouvernés, il vise la société politique. Dit droit objectif, le droit désigne alors l'ensemble des règles juridiques régissant la vie en société. En s'attachant aux rapports entre particuliers, le droit vise les prérogatives reconnues à chaque individu pour la satisfaction de ses intérêts personnels. Le droit désigne alors les droits subjectifs.

Le droit est ainsi composé du droit objectif et des droits subjectifs.

§ 1 : Le droit objectif

L'affirmation est classique : le droit objectif regroupe l'ensemble des règles juridiques qui régissent la vie en société. On le présente comme l'ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique. Il organise la vie en société. A ce titre, le droit objectif délimite la part de liberté et de contrainte qui pèse sur chacun. Il définit ce qui est permis ou non afin que la vie sociale soit possible. La société établit des règles destinées à régir son fonctionnement, et par voie de conséquence, à organiser les relations des personnes qui la composent. Dans le même temps, le droit objectif définit les règles de conquête et d'exercice du pouvoir, reconnaît à chaque membre de la société des droits prérogatives et pouvoirs et encadre leur exercice. Le droit objectif détermine donc les droits subjectifs.

Dans l'absolu, lorsque l'on présente la règle de droit, les traits caractéristiques présentés sont ceux du droit objectif. C'est parce que le droit objectif trouve son origine dans la loi et les sources non écrites. Mais il est lui-même source de droits subjectifs.

§ 2 : Les droits subjectifs

Les droits subjectifs sont les prérogatives que le droit objectif reconnaît aux individus. Pour le Pr. Cornu, un droit subjectif est une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif pour la satisfaction d'un intérêt personnel. Le droit subjectif est une prérogative individuelle se présentant sous divers aspects. Son titulaire est le sujet de droit auquel il confère un pouvoir d'agir. De fait, selon une formule célèbre, le droit subjectif est un intérêt légitime protégé. Cette protection est apportée par le droit objectif dans le même temps qu'il constitue une limite en raison du contrôle qu'il opère sur son exercice.

A. Source

Le droit objectif est considéré comme la source première des droits subjectifs car il prend en considération certains événements ou actions et les habilite à produire des

effets de droit. A ce titre, il est la source directe des droits subjectifs lorsque la volonté ne joue aucun rôle et est une source indirecte lorsque la volonté est prise en compte par la loi.

Mais, fondamentalement, en raison de leurs caractéristiques différentes selon leur origine, on reconnaît aux droits subjectifs deux sources vraiment distinctes et irréductibles : l'acte juridique et le fait juridique.

1. Le fait juridique

Le fait relève des phénomènes sensibles (comportement, agissement, phénomène naturel) mais le droit objectif peut tirer de certains faits des conséquences juridiques. Ce sont alors des faits juridiques définis comme des faits que la loi prend en considération pour y attacher un effet de droit. Ainsi, l'étendue des effets d'un fait juridique ne dépend que de la loi qui fixe également les conditions dans lesquelles un fait peut produire des effets de droit.

Il faut distinguer les faits juridiques intentionnels ou volontaires des faits juridiques non intentionnels. Dans le premier cas, soit l'auteur du fait initial a voulu l'action mais n'en a pas recherché les conséquences juridiques, soit il a agi en connaissance de cause pour faire naître la conséquence juridique. C'est un cas atypique. Dans le deuxième cas, ni l'action en cause ni les conséquences n'ont été voulues.

Cette première distinction révèle une autre sous-jacente : la distinction entre le fait de l'homme et le fait de la nature.

2. L'acte juridique

L'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à modifier une situation juridique, à produire des effets de droit. Deux éléments sont nécessaires pour caractériser un acte juridique : l'expression d'une ou de plusieurs volontés. Le mot acte désigne à la fois *l'instrumentum* (le papier) et le *negotium* (l'opération juridique). Ces effets de droit peuvent être la création, l'extinction ou la transmission d'un droit subjectif.

Plusieurs distinctions :

- Contrat, acte unilatéral et acte collectif
- Acte à titre onéreux et acte à titre gratuit
- Acte entre vif et acte à cause de mort
- Acte constitutif, acte translatif et acte déclaratif
- Acte conservatoire, acte d'administration et acte de disposition
- Acte instantané et acte successif

Malgré leur diversité, les actes juridiques, pour produire leurs effets, doivent obéir à certaines conditions dont la violation est sanctionnée. Ces conditions de validité se répartissent en conditions de fond et en conditions de forme. Les conditions de fond s'articulent autour de conditions du consentement (la volonté, l'accord des parties), de la capacité (l'aptitude à exercer les droits dont on est titulaire), l'objet (ce sur quoi porte l'acte, l'engagement, l'opération) et la cause (le pourquoi de l'acte, l'objectif visé). Les conditions de forme se distinguent en formalités *ad validitatem* (la validité de l'acte juridique est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités), formalités *ad probationem* (certaines formes sont exigées en vue de se préconstituer une preuve) et en formalité de publicité (la publicité de l'acte est exigée pour informer les tiers pour lesquels il peut avoir des conséquences).

La nullité est la sanction des conditions de formation d'un acte juridique. Elle a pour effet d'anéantir rétroactivement l'acte juridique. Tout se passe comme s'il n'avait jamais été pris. L'acte est anéanti autant pour le passé que pour l'avenir. Il faut distinguer la nullité relative de la nullité absolue. La première sanctionne une irrégularité moins grave que les secondes. La nullité relative joue lorsque la condition de validité qui manque est exigée pour la protection des intérêts d'une ou plusieurs personnes déterminées. La nullité absolue joue lorsque n'ont pas été respectées des conditions tenant à la protection d'intérêts généraux. Cette distinction influe sur le régime des nullités. Ainsi, la nullité relative ne peut être invoquée par la ou les personnes que la loi a voulu protéger et ses représentants légaux ou successeurs alors que la nullité relative peut être invoquée par tout intéressé. La nullité relative peut être

couverte par la confirmation lorsque le vice a disparu ; au contraire, la nullité absolue est insusceptible de confirmation.

B. Classification

Les droits subjectifs appartiennent à des catégories dont dépendent leur fonction, leur régime et leur place dans l'ordonnement juridique. En considérant leur rapport avec l'argent, il apparaît une classification essentielle en droits patrimoniaux et droit extra patrimoniaux.

1. Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux sont évaluables en argent. Ils forment le patrimoine. Les deux notions sont indissociables. Le patrimoine est le contenant, les droits patrimoniaux le contenu.

a. Le patrimoine

Le patrimoine constitue l'ensemble des droits et obligations qui, évaluables en argent, ont pour sujet actif ou passif une seule et même personne et qui sont considérés comme une universalité juridique. Il est un tout, une entité distincte des éléments qui le composent. Il comprend non seulement la totalité des droits que possède la personne à un moment donné mais aussi l'ensemble de ses biens à venir. Deux conséquences en découlent : le patrimoine constitue le gage général des créanciers de la personne (ils peuvent poursuivre le paiement de n'importe quelle dette sur n'importe quel bien) et la subrogation réelle joue en son sein (lorsqu'un bien remplace un autre dans le patrimoine, il est soumis au même régime juridique que celui qu'il remplace. La modification du contenu n'affecte pas la situation des tiers).

Au 19^e siècle, les juristes français Charles Aubry et Charles Rau ont élaboré une théorie du patrimoine en montrant le lien étroit existant entre la personne et son patrimoine. Selon cette théorie, le patrimoine est une émanation de la personne car il représente le

sujet de droit considéré dans ses rapports patrimoniaux. Le patrimoine serait l'incarnation de la personne dans le domaine de l'échange. Trois conséquences essentielles ont été tirées de cette conception :

- Seules les personnes juridiques peuvent avoir un patrimoine ;
- toute personne a nécessairement un patrimoine ;
- chaque personne n'a qu'un patrimoine.

Cette théorie a été critiquée. Elle a d'abord été jugée dangereuse pour le débiteur qui court un risque car chaque acte engage la totalité de son patrimoine. Dans d'autres systèmes juridiques, on a institué des patrimoines distincts (trust anglo-saxon) sans que la situation des créanciers n'en soit affectée. Ensuite, au plan théorique, elle repose sur une conception trop abstraite et trop individualiste des rapports de droit. Il est possible que le lien existant entre plusieurs choses trouve sa source ailleurs que dans l'identité de leur propriétaire. Cette source peut être dans l'usage commun de certains biens ou dans leur affectation à une activité déterminée. C'est la théorie du patrimoine d'affectation. Elle n'a pas prospéré en France.

Cependant, des exceptions à la théorie du patrimoine existent. Il en est ainsi, directement, de la fondation. Celle est un acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général. La fondation est une exception à l'identification du patrimoine à une personne parce qu'elle ne se voit pas nécessairement reconnaître la personnalité morale.

b. Les droits patrimoniaux

Le patrimoine n'est pas composé de choses mais de droits. Les droits patrimoniaux sont ceux qui ont valeur pécuniaire. Ils représentent une valeur économique que l'on peut estimer en argent. Cette valeur d'échange fait qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un commerce juridique. Ils sont donc cessibles, transmissibles, saisissables par les créanciers et prescriptibles (par prescription acquisitive ou extinctive). A ce titre, ils sont considérés comme des biens.

Les droits patrimoniaux se distinguent selon qu'ils tirent leur existence d'un rapport juridique relatif à une chose ou une personne. Ils se divisent donc en droits réels (réel vient du latin *res* qui veut dire chose) et en droits personnels.

i. Les droits réels

Les droits réels sont ceux qu'une personne détient à l'encontre d'une chose. Le droit réel confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose, sans l'entremise d'une quelconque autre personne. Il existe deux catégories de droit réel : les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

Les droits réels principaux émanent de la propriété de la chose. Il s'agit de la propriété et les droits provenant du démembrement de la propriété comme l'usufruit ou la nue-propriété. Les attributs de la pleine propriété sont l'*usus* (droit du propriétaire d'user de la chose normalement), le *fructus* (droit de jouir des fruits de la chose) et l'*abusus* (droit de disposer définitivement de la chose). L'usufruit est la réunion de l'*usus* et du *fructus*. La nue-propriété n'est que le droit de disposer de la chose.

Les droits réels accessoires sont aussi des droits directs sur la chose mais ils n'existent qu'en considération d'un autre élément juridique dont ils dépendent. Ils sont de deux sortes : les sûretés réelles et les servitudes. La servitude est une charge imposée sur le fonds d'une personne (le fonds dominé ou servant) pour l'usage et l'utilité du propriétaire d'un autre fonds (fonds dominant). Elle n'intervient qu'en matière immobilière. Les sûretés réelles consistent en l'affectation au paiement d'une dette d'un ou plusieurs biens appartenant en principe au débiteur.

ii. Les droits personnels

Les droits personnels ou droits de créance sont les droits qu'une personne tire de son rapport juridique avec une autre personne. C'est le droit pour une personne (le créancier) d'exiger d'une autre (le débiteur) l'exécution d'une certaine prestation. Le droit personnel est constitutif d'une obligation, c'est-à-dire d'un rapport de droit. Il existe trois catégories d'obligation : les obligations de donner (obligation de transférer

à un créancier un droit réel dont le débiteur est titulaire sur une chose), les obligations de faire (engagement à accomplir une prestation) et les obligations de ne pas faire (engagement à une abstention).

2. Les droits extrapatrimoniaux

Les droits patrimoniaux sont des droits hors du patrimoine et exclusivement attachés à la personne de leur titulaire. Ils sont dégagés de toute considération financière et ne sont pas envisagés au regard de leur valeur pécuniaire. Les droits extrapatrimoniaux ne sont pas, par eux-mêmes, évaluables en argent. On distingue les droits ayant pour objet direct la personne directe de leur titulaire (droits de la personnalité, droits de famille) et les droits publics civils et politiques.

Les droits extrapatrimoniaux sont hors du commerce. La personne ne peut ni les céder, ni les transmettre, ni parfois même y renoncer. Ils sont incessibles (ne peuvent pas être cédés, ne peuvent pas être l'objet d'une transaction), intransmissibles à cause de mort (ne se transmettent pas aux héritiers), insaisissables et imprescriptibles (ne s'éteignent pas par l'écoulement du temps). Ils ne sont pas et ne peuvent pas faire l'objet d'une propriété. Attachés à la personne, ils ne sont pas pour autant sa propriété.

Les droits patrimoniaux sont protégés contre toute atteinte à leur égard. Le sujet de droit peut obtenir la cessation d'une atteinte, sa réparation mais également sa prévention. La mise en œuvre de cette protection peut avoir des conséquences pécuniaires. Ainsi, la réparation des atteintes aux droits de la personnalité peut être une réparation civile en dommages et intérêts, une somme d'argent qui tombe dans le patrimoine de la victime.

C. Titulaires

Les titulaires des droits subjectifs sont les personnes juridiques. Sous ce terme, le droit envisage le sujet de droit, titulaire de la personnalité juridique. Il existe deux catégories de personne juridique : les personnes physiques et les personnes morales.

Les personnes physiques sont les êtres humains et les personnes morales sont des groupements dotés d'une personnalité juridique et qui ont une aptitude à être titulaires de droits et d'obligations. (**Voir 2^e Partie du cours**)

Chapitre 2 : Les sources du droit

La notion de source du droit est ambiguë. Elle renvoie à des réalités différentes relatives à l'origine de la règle de droit. Le Pr. Philippe Jestaz identifie cinq sens pour le mot « source ». Il désigne d'une part le fondement idéologique, la source d'inspiration du droit. Il désigne ensuite « les forces créatrices du droit » selon le mot de Georges Ripert, envisageant ainsi les forces sociales, économiques qui donnent naissance à la règle ; ce sont les sources réelles. Le mot désigne également les supports linguistiques du droit, ensemble de discours constituant la partie visible de la matière juridique. Ces supports sont écrits ou oraux. Le mot désigne aussi les sources documentaires consistant en normes juridiques dotées de la force obligatoire (règle légale, coutumière, jurisprudentielle, principe). Enfin, le mot désigne les activités productrices de droit.

Ces différentes conceptions ont été systématisées dans une théorie des sources du droit qui constitue une présentation rationnelle, explicative et conceptualisée.

Les différentes présentations distinguent les sources formelles des sources informelles, les sources écrites des sources orales. La distinction retenue dans le cadre de ce cours repose sur la différence entre les sources directes du droit et ses sources indirectes.

Section 1 : Les sources directes

Les sources directes du droit sont des sources incontestées. Elles émanent d'autorités qui élaborent directement les règles dont elles imposent l'observation. Il s'agit de la loi, source principale du droit et de la coutume, source informelle.

§ 1 : La loi, source principale du droit

Le mot loi est ici utilisé au sens générique de droit légiféré, composé de normes précises et identifiables. La place de la loi dans les Etats moderne renvoie à un légicentrisme, le droit se concentrant autour d'une norme par excellence, la loi. La loi est le centre de gravité de la hiérarchie des normes. Elle est la source majeure du droit.

Il faut étudier cette notion de loi et sa mise en œuvre.

A. Notion

Le mot "LOI", pris dans *un sens très large*, **recouvre toutes les dispositions publiques formulées par écrit, présentant un caractère général, impersonnel et obligatoire.** Ainsi entendue, la loi recouvre des textes de nature et de portée sensiblement différentes, mais se présentant sous une forme hiérarchisée.

1. La loi au sens formel

Au sens formel ou organique, La loi est le texte voté par le Parlement à la suite d'une procédure particulière. Elle est l'acte du pouvoir législatif, c'est-à-dire de l'Assemblée nationale. Celle-ci est, dans notre république, la représentation nationale. A ce titre, elle exerce la souveraineté du peuple par le vote de loi. L'initiative de la loi peut être gouvernementale (**projet de loi**) ou parlementaire (**proposition de loi** émanant d'un ou plusieurs députés). On distingue :

1. les **lois ordinaires** ou parlementaires qui relèvent de la procédure normale et de la pratique courante
2. les **lois constitutionnelles** qui sont des lois de révision de la Constitution, soumises à une procédure spéciale (possible référendum)
3. les **lois organiques** dont l'objet est de compléter et de mettre en œuvre des règles inscrites dans la Constitution. Elles fixent les modalités d'organisation
4. les **lois de finances** soumises à des délais impératifs de ratification parce que ces lois sont indispensables pour la gestion du pays.

La loi couvre un domaine limitativement énuméré par la constitution en son article 67 :

« L'Assemblée nationale détient le pouvoir législatif. Elle vote seule la loi.

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- le statut de l'opposition ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, le régime d'émission de la monnaie ;
- le régime électoral de l'Assemblée nationale et des assemblées locales ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ;
- du régime de rémunération des agents de l'État. »

2. Les règlements

Il faut distinguer la loi formelle d'autres textes émanant du pouvoir exécutif. En effet, celui-ci a le pouvoir de prendre des textes normatifs dans toutes les matières qui ne relèvent pas du domaine législatif. Ces matières ont un caractère réglementaire en

vertu de l'article 76 de la constitution. Le règlement englobe l'ensemble des décisions du **pouvoir exécutif** et des autorités administratives. La notion regroupe, en réalité, différentes sortes de textes qui se situent, les uns par rapport aux autres, dans un ordre hiérarchique plus marqué que celui des lois et qui correspond aux hiérarchies internes de l'autorité publique. Au premier rang de ces textes figurent les décrets. Ensuite viennent :

- **les arrêtés** que l'on distingue selon leur auteur et ceux-ci se classent hiérarchiquement selon leur autorité
- les **circulaires** par lesquelles un ministre donne des instructions à des fonctionnaires pour le fonctionnement du service. En principe, ces circulaires n'ont pas de valeur réglementaire. Elles ne sont pas des lois au sens large.

3. Autres lois

Outre ces textes de droit interne, le mot loi recouvre des textes d'origine internationale : le traité international et le droit communautaire.

B. La mise en œuvre de la loi

Entre sa naissance et sa mort, la loi est mise en œuvre. Elle doit être appliquée. Dans cette optique, elle doit être interprétée.

1. L'application de la loi

L'application de la loi renvoie à la problématique de son effectivité. Cette effectivité n'est pas illimitée. L'application de la loi dure un certain temps, sur un territoire donné et à l'égard d'une population déterminée.

a. L'application de la loi dans le temps

Lorsqu'une loi nouvelle est éditée, il faut se poser la question de savoir si on est obligé de respecter les ordres ou les interdictions qu'elle pose. La réponse est dans les

dispositions relatives à l'entrée en vigueur des lois nouvelles ou dans les dispositions transitoires de la loi concernée.

i. L'entrée en vigueur de la loi

La loi votée par l'Assemblée nationale doit être promulguée et publiée pour entrer en vigueur. C'est à ce moment qu'elle naît et acquiert force obligatoire. La promulgation est un acte du Président de la République ordonnant l'exécution de la loi. Cet acte est un décret. Outre son rôle d'authentification de la loi, le décret de promulgation a pour fonction complémentaire de localisation de la loi dans le temps. C'est en effet la date de ce décret qui devient celle de la loi. Il doit promulguer la loi dans les **15** jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. La loi doit être également publiée pour permettre aux citoyens de la connaître. En effet, *Nemo censetur ignorare legem* (Nul n'est censé ignorer la loi). C'est un principe fictif mais la publication permet de poser cette fausse fiction de connaissance de la loi. La publication a lieu au JORS.

Les actes réglementaires n'ont pas besoin d'être promulgués. Ils sont exécutoires par nature puisqu'ils émanent du pouvoir exécutif.

La loi produit ses effets tant qu'elle est en vigueur. Son décès peut intervenir de plusieurs façons. L'application de la loi peut connaître un terme en raison de son abrogation (décision de l'autorité qui a créé la loi de ne plus l'appliquer. Elle est expresse ou tacite) ou de sa caducité (arrivée de l'échéance pour un texte temporaire).

ii. Le droit transitoire

Le droit transitoire permet de résoudre le problème du conflit de lois dans le temps. Il y a conflit de lois dans le temps lorsqu'une loi nouvelle succède à la loi en vigueur actuellement (loi ancienne) et vient régler de manière différente une même situation juridique. La question se pose alors de savoir comment choisir entre les deux lois susceptibles de s'appliquer à la même situation juridique.

La solution textuelle est donnée par l'art. 8 de la déclaration des droits de l'homme qui pose que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Ce texte pose le principe de la non rétroactivité des lois, c'est-à-dire de l'impossibilité pour une loi de régir des situations passées.

La doctrine a avancé l'idée des droits acquis pour expliquer la non rétroactivité de la loi nouvelle. Le droit acquis est un droit déjà entré dans un patrimoine. Selon cette théorie, la loi nouvelle ne s'applique pas aux situations déjà établies avant son entrée en vigueur. A cette théorie, s'est ajoutée celle de l'effet immédiat de la loi nouvelle. Cette théorie développée par le doyen Paul Roubier distingue trois situations juridiques en fonction de leur positionnement temporel par rapport à la loi nouvelle. Celle-ci s'applique aux situations futures. Elle ne s'applique pas aux situations passées. Quant aux situations à cheval sur les deux lois, celles en cours de constitution ou celles dont les effets se continuent après l'édiction de la loi nouvelle, elles sont régies par la loi nouvelle à partir de son édiction, sauf en matière contractuelle où la loi ancienne survit. C'est cette théorie que la jurisprudence consacre. Elle repose sur les règles suivantes :

- **Le principe de la non rétroactivité de la loi nouvelle.** Elle n'a pas d'effet rétroactif. Elle ne s'applique pas aux situations déjà entièrement réalisées. Mais, il y a trois exceptions à ce principe : le législateur peut décider de déroger à la non rétroactivité en fixant une date d'effet antérieur à la date d'édiction de la loi nouvelle ; la loi interprétative est rétroactive ; enfin la loi pénale nouvelle plus douce est rétroactive.
- **Le principe de l'effet immédiat de loi nouvelle.** Elle s'applique aux situations juridiques en cours, c'est-à-dire celles nées sous l'empire de la loi ancienne et qui continuent sous l'empire de la loi nouvelle. Elle s'applique immédiatement aux situations juridiques en cours de constitution ou d'extinction, sans remise en cause de ce qui s'était produit avant son entrée en vigueur. Elle s'applique à toutes les situations nées postérieurement à sa publication.
- **L'exception de la survie de la loi ancienne.** Exceptionnellement, la loi nouvelle ne s'applique immédiatement ni aux contrats en cours, ni aux régimes

matrimoniaux. Leurs effets sont régis par la loi ancienne. L'objectif est respecter les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat.

- **Le droit transitoire spécial à la procédure et à la preuve.** Les règles de procédure s'appliquent en principe ç partir du moment où le juge est saisi, même si les faits objet du procès sont antérieurs à la saisine. Il y a là une véritable rétroactivité des règles de procédure. De même, les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au moment où le juge statue.

b. L'application de la loi dans l'espace

Lorsqu'un élément d'extranéité est présent dans une situation juridique, il peut apparaître un conflit de loi dans l'espace. Il s'agit d'une situation dans laquelle deux ou plusieurs législations ont cumulativement vocation à s'appliquer à la même question de droit privée en cause. La question qui se pose est de savoir quelle est la loi compétente. C'est le droit international privé qui indique la solution. Chaque pays a son propre droit international privé qui pose des règles de conflits qui permettent de désigner le droit national qui va s'appliquer.

La solution peut être dans la territorialité de la loi. Cela implique que le droit national s'applique à tous ceux qui habitent le territoire national, quelle que soit leur nationalité. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, une règle générale du droit international privé dispose que les biens sont régis par la loi du pays où ils sont situés.

La solution peut être dans le principe de la personnalité de la loi. C'est la loi nationale qui gouverne le statut personnel des individus (mariage, divorce, capacité, filiation, ...) quel que soit leur pays de résidence. Dans ce cas, le juge national peut être amené à appliquer une loi étrangère, sauf si elle est contraire à l'ordre public.

Il existe d'autres règles de conflit qui indiquent le droit national applicable en fonction de la matière. Et dans certaines situations, il existe des règles de droit international matérielles qui régissent une situation donnée, sans renvoyer à un droit national (vente internationale de marchandises).

2. L'interprétation de la loi

La compréhension de la loi est indispensable à sa mise en œuvre. Il est important de connaître la signification des règles que pose une loi. Une loi obscure ou lacunaire doit être interprétée. Mais, parfois une loi claire et complète peut également être interprétée. L'interprétation est notamment nécessaire pour assurer l'adaptation de la loi aux soucis nouveaux de la société.

Interpréter, c'est rendre clair, compréhensible, ce qui ne l'est pas. La loi peut être interprétée par le Parlement (loi interprétative), le pouvoir exécutif (réponses aux questions ministérielles, rescrits et circulaires administratifs, AAI) et le juge (jugement). Ces autorités sont aidées par la doctrine dans ce travail d'interprétation.

Il existe plusieurs écoles d'interprétation avec des méthodes différentes. Nous n'en retiendrons que deux : l'école de l'exégèse et l'école scientifique. Il faut aussi relever quelques maximes d'interprétation.

A. Ecole et méthode de l'exégèse

Cette école a dominé l'interprétation du droit entre 1804 et la fin du 19^{ème}. La méthode consiste à interpréter un texte en cherchant son sens littéral. Il s'agit de tenter de découvrir la volonté du législateur lorsqu'il a édicté ce texte. L'école a recours aux travaux préparatoires (discussions des parlementaires avant le vote et rapports). La méthode repose sur le raisonnement par analogie et le raisonnement a contrario. Le premier consiste à étendre le texte en raison des similitudes existant entre la situation visée et celle qui fait difficulté. Le second consiste à écarter l'application de la règle pour la seule raison qu'il existe entre les deux situations une différence.

B. Ecoles et méthodes scientifiques

Partant de l'impossibilité pour la méthode exégétique de combler le silence ou l'insuffisance de la loi, d'autres méthodes, dites scientifiques ont été proposées. Ainsi, Raymond Saleilles a proposé un système d'interprétation déformante : « au-delà du

Code civil, mais par le code civil ». Pour lui, même si le texte en vigueur n'a pas prévu certaines situations, c'est par eux qu'il faut trouver la solution, quitte à les déformer.

Au regard des lacunes identifiées de la méthode exégétique, François Gény, à partir de la fin du 19^{ème}, a proposé une nouvelle méthode dite de la libre recherche scientifique. Gény considère qu'il faut permettre aux juges de construire librement une solution.

C. Maximes d'interprétation

Les principales maximes d'interprétation étaient utilisées par l'école de l'exégèse. Elles sont encore utiles même si elles présentent certaines limites.

- « *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* » qui signifie qu'il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas. Cette maxime signifie que l'interprète ne peut pas écarter l'application d'un texte conçu en termes généraux en refusant de l'appliquer à des cas particuliers
- « *Cessante ratione legis cessat ipsa lex* » qui signifie que la loi cesse là où cesse son sens. Si dans un cas où la loi est censée s'appliquer mais est contraire à son esprit général, alors on écarte cette loi.
- « *In obscuris minimum est sequendum* » : dans les cas obscurs, on doit se régler sur le minimum
- « *Prior tempore potior tempore* » : premier en date, meilleur en droit.
- « *res perit debitor* » : le risque de la perte est pour le débiteur

§ 2 : La coutume, source informelle du droit

La coutume est une source orale du droit. Elle n'en est pas moins une source directe. Le mot coutume désigne l'ensemble des règles devenues obligatoires à la suite d'un usage prolongé. La coutume est en effet une pratique qui acquiert force obligatoire par sa répétition et la croyance des intéressés dans son caractère obligatoire. Deux éléments doivent donc être réunis pour qu'il y ait coutume : un élément matériel (la pratique, le comportement répété. Cette pratique doit être générale, constante et ancienne) et un élément psychologique (la conviction partagée par tous du caractère

obligatoire de la pratique. C'est l'*opinio juris*). La simple constatation de ces deux éléments suffit à caractériser la coutume en tant que source du droit.

Le rôle de la coutume dépend de son triple rapport à la loi. Il existe en effet trois catégories de coutume :

- la coutume *secundum legem* : coutume à laquelle la loi renvoie expressément ou implicitement par délégation. La coutume tire sa force de la loi ;
- la coutume *praeter legem* qui complète la loi quand elle ne régit pas elle-même la question (elle s'applique dans le silence de la loi) ;
- la coutume *contra legem* qui va contre la loi. il y a alors un conflit entre la loi et la coutume. S'il s'agit d'une loi impérative, elle s'applique. S'il s'agit d'une loi supplétive, la coutume s'applique

Parfois, la coutume est confondue avec l'usage. La coutume est un usage qui a réussi. L'usage est plus spécifique. Il est relatif à des domaines précis. Il a un domaine d'application et une force obligatoire plus limités.

Section 2 : Les sources indirectes, sources savantes

Les autres sources du droit n'ont pas de pouvoir directement créateur de droit. Elles interviennent principalement dans l'interprétation de la règle de droit. Elles en favorisent la compréhension et l'évolution du droit. Elles contribuent indirectement à la construction de l'édifice du droit. Il s'agit de la jurisprudence et de la doctrine.

§ 1 : La jurisprudence

Étymologiquement, la jurisprudence est la science du droit, c'est-à-dire les solutions que les jurisconsultes (les prudents) ont élaborées. Mais, la jurisprudence dans les pays de droit romano-germanique s'est éloignée de ce sens. Certes, le mot désigne toujours un ensemble de décisions rendues pendant une certaine période de temps, mais l'ensemble est plus ou moins étendu selon que l'on regarde toutes les juridictions, certaines d'entre elles ou une juridiction seulement, et selon qu'on s'intéresse à tout le droit ou à une branche du droit ou à une matière.

La qualité de source du droit a été niée à la jurisprudence. Ainsi, Montesquieu a présenté le juge uniquement comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Certains considèrent en effet, qu'en raison de l'interdiction faite au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, la jurisprudence doit être considérée comme une autorité de fait qui dispose d'un véritable pouvoir créateur de droit sans être une vraie source du droit. Pour d'autres, en raison de l'admission d'un certain pluralisme des sources, la jurisprudence est une source du droit

En réalité il y a deux questions distinctes que l'on a tendance à confondre : la première est de savoir si la jurisprudence est une source du droit ; la seconde consiste à déterminer si la jurisprudence et la loi sont identiques. La réponse à la première question est positive. La réponse à la seconde est négative. Les règles jurisprudentielles existent mais elles ne sont pas équivalentes aux règles législatives. Techniquement, la jurisprudence est inférieure à la loi.

La jurisprudence a un caractère normatif car il est fait obligation au juge de rendre une décision en cas de saisine sous peine de déni de justice et de motiver par ailleurs sa décision. Cette obligation le pousse à répéter les mêmes dispositions dans d'autres jugements, au risque de faire naître une règle de droit.

§ 2 : La doctrine

Le mot « doctrine » est polysémique. Elle désigne :

- l'ensemble des opinions émises par les juristes (professeurs de droit, magistrat, avocats : les auteurs)
- l'opinion de juristes plus ou moins nombreux, concernant une question de droit donnée

La doctrine n'est pas une source directe du droit mais une autorité du droit, qui ne s'impose ni au juge ni aux justiciables. Mais elle exerce une influence considérable sur la création du droit : elle est une source indirecte par son influence provenant des enseignements, des clarifications, synthèse, critique des lois, et de la jurisprudence, propositions de réforme, législation (préparation de textes de loi).

