



OBJECTIF DROIT
COURS



Daniel Mainguy

INTRODUCTION GÉNÉRALE
AU DROIT

8^e édition





OBJECTIF DROIT COURS



Daniel Mainguy

Professeur à l'université de Montpellier

AVERTISSEMENT DE L'ÉDITEUR

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, d'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement soit aujourd'hui menacée.

© LexisNexis SA, 2020

Siège social: 141, rue de Javel – 75015 Paris

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le **résultat** des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de tout autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

ISBN 978-2-7110-3332-4

Liste des abréviations



AAI	Autorités administratives indépendantes
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale</i>
art.	article
Bibl.	Bibliographie
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. inf. C. cass.</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
Cass. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e civ.	Arrêt des chambres civiles de la Cour de cassation (1 ^{re} , 2 ^e ou 3 ^e chambre civile)
Cass. ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte
Cass. ch. réunies	Arrêt de la Cour de cassation, chambres réunies
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i> du JCP édition E
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
Const. 4 oct. 1958	Constitution du 4 octobre 1958
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>

Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPC	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patrimoine</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. et société</i>	<i>Droit et société</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>infra</i>	ci-dessous
JAF	Juge aux affaires familiales
JCP E	<i>JurisClasseur périodique (la Semaine juridique)</i> , édition Entreprise et affaires
JCP G	<i>JurisClasseur périodique (la Semaine juridique)</i> , édition Générale
JCP N	<i>JurisClasseur périodique (la Semaine juridique)</i> , édition Notariale et immobilière
JEX	Juge de l'exécution
JO	<i>Journal officiel</i> de la République française
jurispr.	jurisprudence
L.	Loi
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
Mod.	Modifié
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
Prot.	Protocole
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
Rec. CJCE	<i>Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes</i>
Règl. gén. AMF	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
<i>Resp. civ. et assur.</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFD const.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>

<i>RGDA</i>	<i>Revue générale de droit des assurances</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
somm.	sommaire
ss dir.	sous la direction de
<i>supra</i>	ci-dessus
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d’instance
T. par. baux rur.	Tribunal paritaire des baux ruraux
TRI	Théorie réaliste de l’interprétation
V.	Voir



SOMMAIRE

Liste des abréviations.....	VII
Avant-propos	XIII
Introduction.....	1

Partie 1

L'existence et la définition du droit

Chapitre 1 ♦ La règle de droit, la norme juridique.....	19
Chapitre 2 ♦ Le procès.....	105

Partie 2

Les sources du droit et des normes juridiques

Chapitre 1 ♦ Inventaire des sources du droit	131
Chapitre 2 ♦ L'interprétation des normes juridiques.....	187
Chapitre 3 ♦ L'application des normes juridiques.....	203

Partie annexe

Principales institutions juridiques, classifications et droits subjectifs

Chapitre 1 ♦ Quelques classifications en droit.....	221
Chapitre 2 ♦ Une distinction majeure : les sujets et les objets de droit	231
Chapitre 3 ♦ Les principaux droits subjectifs.....	239
Chapitre 4 ♦ La preuve des droits subjectifs	251
Index alphabétique.....	273

Avant-propos



La huitième édition de cette *Introduction générale au droit* reprend, augmente, réorganise les précédentes qui s'avéraient radicalement transformées comparées aux premières, la troisième puis la sixième ayant déjà fait l'objet de réformes majeures, de fond et de forme.

Depuis sa première édition, en effet, j'ai pu mettre cet ouvrage à l'épreuve des cours que j'ai assurés, à la Faculté des sciences juridiques de Lyon II, d'abord, à la Faculté de droit de Montpellier, ensuite, soit en première année, dans le cours d'introduction générale au droit, soit au Collège de droit, à l'occasion de « khôlles » sur des sujets s'y rapportant, soit en Master 2 dans des séminaires de théorie du droit ou de « conclusion générale au droit ». J'ai rencontré, alors, plusieurs difficultés.

La première fut, d'abord, de présenter ce cours en un plan qui soit en même temps attractif, pour l'étudiant de première année, et utile pour ce même étudiant qui « découvre » le droit, son vocabulaire, ses raisonnements, ses obstacles. Or, il est très complexe de présenter « le » droit, à supposer sa définition possible, alors même que les étudiants sont par hypothèse ignorants de la matière observée : ils ont parfois des connaissances éparses, des intuitions, mais point de connaissance des règles de droit, du droit, aucun élément du vocabulaire juridique, aucun exemple jurisprudentiel, aucune notion des subtilités du discours juridique, aucun des « codes » du juriste. Convient-il en effet de présenter le droit de manière simple, voire simpliste, tout en sachant que rien n'est simple en droit, et d'indiquer que les éléments de complexité s'imbriqueront au fur et à mesure, à partir précisément des éléments présentés dans l'introduction générale au droit, tels les plans d'un architecte ? Faut-il au contraire attirer l'attention des étudiants sur l'extrême complexité du droit, derrière une apparente logique, le semblant d'aisance à envisager les règles par grandes matières ? Faut-il intégrer des éléments adjacents comme ceux de « justice », de « morale », tout en sachant que la différence entre ces notions et les concepts juridiques est subtile ? J'avais choisi la première méthode au départ, qui suppose une confiance dans le système d'enseignement, comme si tous les cours, sur un nombre d'années indéterminé, s'imbriquaient magnifiquement. Au fur et à mesure, j'ai choisi de faire confiance aux étudiants et de retenir la seconde.

En même temps, le principe même d'une introduction *générale* au droit ne s'entend pas d'évidence. Ce fut d'ailleurs une invention de la fin du XIX^e siècle dans un but très particulier : il s'agissait alors de présenter aux jeunes apprentis juristes les éléments d'une analyse renouvelée du droit, de son interprétation, de ses bornes, à un moment, celui des débuts de la III^e République, les incertitudes sur la nature du régime, la défaite

encore proche de 1870, où les excès du « libéralisme » (le mot n'existait alors pas) étaient dénoncés par une philosophie, le marxisme, qu'on appelait alors le « socialisme », excès qu'une forte partie du corps social admettait sans pourtant rejoindre les rangs socialistes de l'époque. Ces autres « hussards » de la République que furent les professeurs de droit de la fin du XIX^e présentèrent alors des méthodes d'analyse du droit pour y intégrer ce qu'on appelait alors le « social » et, ainsi, sauver les fondements d'un régime, républicain et bourgeois. C'est dire que les fonts baptismaux du principe même d'une introduction générale au droit sont, par nature, politiques, sociologiques, philosophiques, critiques. Ils le sont d'autant plus que la considération d'une *introduction générale au droit* est le plus souvent le fruit d'une réflexion de spécialistes de droit privé. Les publicistes s'en tiennent, là encore depuis le début du XX^e siècle, à des propos sur la « théorie de l'État ». La différence entre les deux approches, privée ou publique, est fondamentale, notamment à l'épreuve de l'étude des « sources du droit » : le droit est-il dépendant des choix politiques et donc législatifs d'un État, si possible ordonné comme un État de droit, ou bien dépasse-t-il cet État et la volonté du souverain, à travers des traditions, des coutumes, qui transcenderaient les hommes et le droit lui-même, césure qui ne recouvre pas tout à fait l'opposition entre positivisme juridique et appétit pour le droit naturel ?

Que choisir, en outre, entre une présentation sage et ordonnée (premier choix) et une présentation plus essentielle, mais en même temps plus inquiétante (deuxième choix) pour des étudiants tellement rassurés par l'idée, fausse mais qu'ils espèrent souvent vraie, que le droit « s'apprend » ? Faut-il en outre aborder des éléments de « droit matériel », les « institutes » du Code Justinien, reprises comme telle par Philippe Malaurie et Laurent Aynès par exemple, la propriété, les biens et les personnes, le patrimoine, le contrat, les responsabilités, etc., et faut-il présenter ainsi des éléments de vocabulaire, faut-il réserver une approche purement française, ou une approche plus globale, comparée ?

Les premières éditions reprenaient le plan et les éléments du cours que j'avais testés – pardon pour les cobayes – à Lyon, puis à Montpellier, mais, à bien y songer, les étudiants semblaient plus intéressés par les éléments de doute, les questions philosophiques, les éléments de compréhension visant à mettre de l'ordre dans le désordre, et réciproquement, les questions plus que les réponses donc.

C'est ce qui justifie l'adaptation de cette nouvelle édition, dans laquelle apparaissent ces questions, même si elles pourront paraître congrues, dans les limites d'un ouvrage de ce type, qui rendent la présentation du droit de manière très relative, dubitative, discursive. Si tu penses, lecteur, que le droit, c'est la loi : ouvre grand tes yeux !

L'ouvrage conserve cependant le plan *existence du droit / sources du droit*, dans lequel sont identifiés la plupart des éléments de définition mais également d'interrogation sur le droit, avec une tendance, que le lecteur pardonnera, à insister sur une conception *réaliste* du droit à même, me semble-t-il, d'assurer la meilleure *description* du droit, tout en respectant la diversité des positions, en termes de valeur, de chacun sur le contenu du droit français.

L'ensemble ne révèle pas le droit tel qu'il est, mais tel qu'il me semble avoir compris qu'il est à *ce jour* – la marge de progression étant encore considérable. Beaucoup de choses auraient mérité de trouver leur place, des éléments historiques plus nombreux, si essentiels, quelques controverses juridico-politiques majeures, quelques grandes questions de droit, de philosophie mieux expliquées : je forme le vœu que ces quelques jalons permettront au lecteur de trouver sa voie.

Montpellier, mai 2020

Introduction



1. - Utilité d'une introduction au droit. Introduire au droit : une mission, une fonction, une passion, une impasse ? À bien des égards, c'est aussi bien d'une *introduction générale au droit* que d'une *conclusion générale au droit* dont il pourrait s'agir, tant il est utile, une fois les études de droit achevées, d'y revenir mais également parce qu'il est très difficile, pour un candidat à l'étude du droit, d'assimiler des notions fondamentales, sans les bases techniques sur lesquelles elles s'appuient, qui ne s'acquièrent qu'au long de l'expérience des études de droit, sauf à proposer une vision caricaturale ou dogmatique du droit. Une introduction, c'est un peu comme la bande-annonce d'un film de cinéma, l'essentiel y est présenté, de manière à donner envie au lecteur de voir le film, mais sans dévoiler les ressorts de l'intrigue.

Une introduction pédagogique à une discipline pourrait ainsi consister en une présentation historique ou substantielle, résumée ou synthétique, mais s'agissant d'une introduction *au droit*, de quoi serait-elle constituée ? Surtout lorsqu'elle est, de surcroît *générale* : du droit tout entier ? C'est évidemment impossible. Le droit – ou ce qu'on appelle communément « droit » – n'est d'abord pas une « discipline » susceptible d'être résumée (à supposer même qu'elle soit susceptible d'être connue) : il est un ensemble de normes juridiques, règles énoncées formellement sous forme de lois, décrets, etc., mais aussi d'interprétations, elles-mêmes présentées par blocs dits matières ou disciplines mais également de discours, de controverses, de techniques, etc., de sorte qu'un résumé ne serait qu'une présentation régressive. Il n'est pas certain en outre que le droit – toujours à supposer qu'on puisse en faire le tour – soit susceptible d'être « introduit ».

On pourrait dire qu'il s'agit d'une première approche avec le droit, une familiarisation avec le vocabulaire, les techniques, les raisonnements, les méthodes. Mais ce serait alors un outil de méthodologie, ce qu'une *Introduction générale au droit* n'est pas seulement.

Une introduction générale au droit s'inscrit dans une tradition d'enseignement qui remonte à la fin du XIX^e siècle, lorsque les études de droit se sont divisées, d'une part pour réserver un enseignement (une « section » dans le jargon universitaire) d'histoire du droit, puis de droit public. Le rôle « politique » d'un tel enseignement n'était pas neutre : il s'agissait de présenter les jalons, les fondements, disons conservateurs, d'un droit ouvert – nous sommes alors en pleine construction de la République moderne – à des réflexions, comparées, sociales, politiques, alors en pleine mutation face à des juges eux-mêmes en plein bouleversement : pour « bien » former les juristes, magistrats et avocats, de demain, il n'était pas inutile

de leur présenter un certain nombre de « bases » considérées comme inébranlables, notamment par l'action des juges (V. D. Mainguy, *L'esprit des introductions générales au droit*, in R. Cabrillac [ss] dir.), *Les introductions générales au droit*, Dalloz, 2017, p. 13). Là d'ailleurs commence ce qu'on a appelé le « divorce de l'École et du Palais ». Techniquement, cette *introduction générale au droit*, à l'époque, était surtout une introduction générale au *droit civil*, le roi du droit du ^{XIX}^e siècle, de façon à présenter des méthodes, des méthodes d'interprétation des règles de droit pour l'essentiel, permettant aux apprentis juristes d'aborder l'étude du Code civil dans la modernité de l'époque et peut-être aussi pour leur apprendre à ne surtout pas l'aborder dans un sens ne correspondant pas aux idées du moment. Étaient également apportés des éléments de *justification* ou de *légitimation* des règles applicables ou des méthodes de leur application, avec des apports en termes de *théorie du droit* ou de *philosophie du droit*, mais également une explication sur un mystère, la manière dont sont produites les normes juridiques, dite, en droit privé, la question des sources du droit (V. *infra*, n° 130), ou encore dont elles sont appliquées ou interprétées ou encore comment les normes juridiques peuvent être distinguées d'autres types de normes de comportement, normes sociales notamment, ou d'autres phénomènes normatifs, comme la morale, la religion, etc.

2. - Image du droit et caricature. Tout cela est signifiant pour un juriste éprouvé, mais est bien difficile à percevoir pour l'étudiant novice qui apprendre pour la première fois le droit et, par hypothèse ici, une *introduction générale au droit*.

La plupart des gens en effet, citoyens, justiciables, contribuables, confrontés à une situation juridique, heureuse ou malheureuse, ou simplement spectateurs attentifs d'une action juridique en marche (révision de la Constitution, examen d'un projet de loi, action en justice médiatisée), ou encore étudiants qui pénètrent pour la première fois dans un amphithéâtre de première année, ont une image du droit qui leur est propre ; c'est souvent une image déformée, parfois épouvantable, parfois première, voire primaire, et caricaturale, du droit et des juristes, des gens de justice, dont on peut tenter rapidement de rendre compte.

L'image du droit est première lorsqu'elle prend la figure de la « loi ». Qu'est-ce que la « loi » ? Techniquement et formellement, une « loi » est un texte créateur de normes juridiques adopté par les autorités chargées de le faire, en France l'Assemblée nationale et le Sénat, promulguée par le président de la République. La réalité est plus complexe : au-delà de la loi au sens formel s'ajoute la « matière réglementaire », les décrets, mais si on considère que le synonyme de « loi » est le terme « norme juridique », alors il faudrait distinguer la loi de la jurisprudence, de la coutume, etc. Or, c'est ainsi que commence la caricature, l'idée de « droit » est souvent associée à celle de « loi » au sens formel, comme si seule la loi était à l'origine du droit, voire consubstantielle du droit, et ce depuis toujours, la « loi des Douze Tables », sur le forum à Rome, la loi salique, etc.

Certes, la loi est emblématique du droit français moderne, mais outre que c'est une figure juridique ancienne et surtout développée au ^{XVII}^e siècle sous Louis XIV, puis portée par la Révolution française. La « loi » est ainsi, au départ, une technique permettant de créer des normes contre les coutumes, de modifier radicalement l'état du droit. La loi ne constitue pas *le* droit, pas davantage que ne l'est la jurisprudence ou encore la coutume, la pratique du droit. Le « droit » n'est pas la « loi », et réciproquement, même si on utilise parfois le terme « loi » pour désigner une ou des règles de droit de manière générique. En anglais, on utilise deux termes, « *Law* », pour signifier « droit », et « *Act* » ou « *Bill* » pour signifier « loi » et encore « *right* » pour identifier le « droit » de quelqu'un, le droit de propriété par exemple. Trois termes donc, finalement plus précis. Lorsqu'un juge anglais proclame « This is the Law », il dit ceci est le droit, tandis qu'un juriste français dirait aisément, « ceci est la loi » ou « ceci est le droit », illustrant la confusion entre droit et loi. Surtout, elle ne

contient pas la réponse à un problème donné : l'idée que la loi, les lois, au sens où elles sont constituées d'actes de type législatif, sont un ensemble fermé, déterminé, contenant de manière claire et irréfutable les réponses aux problèmes juridiques, divers et immenses, qui peuvent être posés est fautive : le droit est une science de l'interprétation, mêlant théorie et pratique, un ensemble d'arguments considérés comme normatifs parmi un ensemble d'autres arguments possibles.

C'est très facile à comprendre avec un exemple. L'article 544 du Code civil définit la propriété comme le « droit de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Fort bien, mais est-ce que cela autorise, par exemple, le propriétaire d'un terrain de dresser des pieux pour empêcher que des dirigeables atterrissent sur le terrain voisin ? Le caractère absolu d'un droit, posé dans la loi, signifie-t-il qu'il ne souffre pas de limite ou bien au contraire qu'un certain nombre de limites peuvent être posées dans l'exercice de ce droit (et en dehors de la loi), par exemple sa fonction sociale ou bien les droits voisins ? La Cour de cassation a retenu la notion d'« abus de droit », en 1915, pour contenir ce type d'initiatives et aujourd'hui identifiées dans ce qu'on désigne comme les « troubles du voisinage ». De même, on considère que la liberté contractuelle et la liberté du travail sont des « principes » qui signifient, par exemple pour la conclusion d'un contrat de travail, que toute personne dispose du droit de conclure (ou de ne pas conclure) un contrat, par exemple de travail, du droit d'en négocier le contenu et du droit de mettre fin à ce contrat. Dès lors, l'employeur qui met fin à un contrat de travail doit-il, dans certaines circonstances (hors la faute du salarié) justifier la rupture du contrat, qu'on appelle un *licenciement* ? Le droit de rompre le contrat est bien un « principe » qui vaut pour n'importe quel contrat mais peut-être surtout pour le contrat de travail, sauf à ressusciter une forme de servage ou bien au contraire faut-il considérer le contrat de travail comme un contrat particulier, un contrat déséquilibré où l'employeur doit justifier le licenciement, sauf, là encore, à commettre un « abus » de droit de mettre au contrat, raisonnement qui, à la fin du XIX^e siècle est à l'origine du droit du travail.

Première encore est l'image du droit associée à l'idée de force, voire de violence étatique (la sanction, la prison) en ce que le droit serait alors confondu avec le monopole étatique de la force, ou bien associée à celle de technique d'apaisement (une « bonne » loi pour régler un problème social), ou bien encore à l'idée d'un outil au service d'une règle supérieure, le droit au service de l'économie, du marché, du social, de la religion, de la morale, de la Justice, etc. Rien de tout cela n'est faux si on contemple le droit en son entier, mais tout est faux (en tout cas « non vrai ») : le droit tend peut-être vers la Justice, à travers un instrument, la justice (les tribunaux), mais il n'est pas l'expression de la Justice, en tant que le droit est humain et la Justice une « valeur », un absolu, un universel, par nature inconnaissable.

Pour certains, cette image est propice à la caricature : les uns se figurent un vieux – nécessairement – notaire de province, bourgeois, décati, retors et vénal, comme ceux illustrés par Daumier, ou bien un avocat véreux ou encore un pénaliste assistant des pires criminels, le *consigliere* du *Parrain* de Francis Ford Coppola.

D'autres, plus positifs, voient dans le juriste un combattant pour la Justice, une sorte de philosophe efficace, l'avocat brillant pourfendeur d'horribles violations des droits de l'homme, le protecteur de la vierge et de l'orphelin, un moderne Lancelot du Lac à l'assaut de tous les dragons modernes ou un héros prométhéen sauvant le monde et les hommes par son sacrifice. Le cinéma ou les séries télévisées (*Erin Brockovich* dans le film éponyme et la promotion de l'action de groupe, *Annelise Keating* avocate ambiguë dans la série *How to get away with murder*) ou la littérature en font la démonstration, à l'image de Maître Derville, l'avoué du *Colonel Chabert* immortalisé par Balzac, du *Procès de Kafka*, *l'Étranger* de Camus et le procès de l'absurdité ou du Soleil, sans compter l'image véhiculée par quelques grands

procès médiatisés, et leurs avocats starifiés ou ce nouveau genre littéraire importé des États-Unis, les *legal novels*, incarné par des auteurs comme John Grisham ou d'autres (cf. A. Garapon et D. Salas, *Le droit dans la littérature*, Michalon, 2012). C'est d'ailleurs un regard très intéressant que celui du droit dans la littérature, afin d'éprouver la manière dont il est rendu compte dans la littérature, mais aussi au cinéma ou au théâtre, du droit ou de la justice et donc de la représentation du droit par des non-juristes (cf. A. Garapon et D. Salas, *Imaginer le droit, le droit dans la littérature*, Michalon, 2008).

D'autres encore envisagent le droit comme un outil de science politique et ils n'accordent leur considération qu'au constitutionnaliste brassant des notions politiques et philosophiques ou, image inversée, voient dans le juriste le valet du pouvoir.

Pour d'autres enfin, plus que l'image du juriste, c'est l'image du droit qui est ramassée à quelques domaines spécifiques et ennuyeux, le Code de la route, la feuille d'impôt, l'instruction d'un permis de construire, la convention de divorce, les statuts d'une association, la mise en demeure d'un bailleur pressé : la paperasse juridique, à moins que ce ne soient des soucis juridiques : un divorce, une révision de pension alimentaire, une mise en examen, un licenciement, la suspension du permis de conduire, etc., qui chaque fois renvoient à une image parcellaire du droit et de ses acteurs, le juge aux affaires familiales, le tribunal de police ou correctionnel.

Pire, notre spectateur attentif ne se rend généralement compte de l'existence du droit qui face à un procès, souvent pénal, ce qui est à la fois fâcheux et heureux. Fâcheux parce que le procès pénal ne recouvre qu'une infime partie du droit : le droit s'occupe bien davantage d'histoires de sous que de sang. Fâcheux également parce que les grands procès ne montrent pas toujours une image valorisante de la Justice, comme dans les affaires dites d'« Outreau » et l'ensemble des situations « d'erreurs judiciaires », l'expression étant elle-même un oxymore. Heureux cependant parce que le procès, surtout civil, est à l'origine du droit et lui est consubstantiel. Le jugement (ou les décisions du prêtre, du chef, du sorcier...) a très certainement précédé la règle qui n'a dû être originellement que la répétition des décisions habituelles du juge (Moïse brandissant les Tables de la Loi tient-il la Loi, révélée *ex nihilo*, ou bien une loi tirée de la répétition de décisions et expurgée de l'accessoire ?). Le droit peut être perçu comme synonyme de commandement et de sanction de sorte que le procès pénal, le droit pénal lui-même et toute l'imagerie qu'ils véhiculent – l'enceinte judiciaire, les juges, le rituel judiciaire, les costumes, le terrible procureur, l'avocat de la défense, les parties civiles, les gendarmes, la prison – sont pour beaucoup la seule image du droit.

À moins, finalement, que le droit ne soit tout simplement figuré, personnifié : Marianne représente la République comme le Glaive et la Balance des tribunaux ou des notaires, la Justice, l'affaire *Dreyfus* renvoie à l'Injustice d'un système ou Jean Moulin et le Conseil national de Résistance à la Résistance à l'Occupation. Ici comme ailleurs, les symboles juridiques utilisés révèlent souvent un sens profond, une forme d'exotérisme juridique : l'architecture de bien des palais de justice renvoie aux Temples gréco-romains, l'estrade des juges, la tenue vestimentaire des gens de justice, les couleurs, le noir et surtout le rouge du droit symbole de l'*auctoritas* du pontife romain.

Pour certains même, le droit ferait partie de l'inconscient des hommes (F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11^e éd. 2019, n° 1. – J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 1997) en ceci que le droit serait plus, socialement, inné que construit parce que l'homme est un animal social doué de la conscience de vivre en société.

Enfin, dernière image du droit, le droit en tant que tel est très souvent personnifié, par un anthropomorphisme touchant. On lit ou dit souvent « le droit dit que », « le droit pense que ». Or, le droit ne pense ou ne dit rien du tout. Le droit est une

abstraction : il y a des situations juridiques et les juristes disent ou pensent *en droit* pour proposer une solution. Pour toute la suite, chaque fois qu'il sera question, par facilité, du « droit », il y sera fait référence avec cette réserve.

3. - Image du droit français. À cette première approche, il est vrai assez immédiate et triviale, s'ajoute une autre image, celle du droit identifié sur une assise territoriale : le droit américain, le droit allemand, le droit français. Cette image et, par itération, ces images, supposent une différenciation : le droit français est différent du droit allemand, du droit américain, anglais, russe, etc., différenciation qui suppose la détermination, en termes analytiques, des éléments de ces différences, mais également l'appréciation, en termes qualitatifs voire identitaires, de ces différences et, à la fin, une appréciation : le droit français est-il meilleur, moins bon, en avance ou en retard, pour autant que ce type de « valorisation » ou d'« évaluation » globale du droit soit pertinente.

L'image du droit français par les Français est difficile à présenter. Le droit français se classe, traditionnellement, dans la famille des droits romano-germaniques (V. *infra*, n° 158), ce qui signifie qu'il est le produit d'une histoire mêlant la tradition de droit *savant*, droit écrit du droit romain ou du droit canonique, et la tradition *coutumière* principalement issue des grandes invasions germaniques, le tout transformé au cours du temps. Ce faisant, les systèmes de droit romano-germanique sont souvent aujourd'hui des pays de « Loi » et de « Code » et se différencient, notamment, des systèmes anglo-américains qui sont des systèmes fondés sur la *Common Law*, c'est-à-dire un système de règles (supposées) coutumières forgées par le temps et, surtout, par le juge. Pour résumer, en termes de techniques d'application du droit, où un système de « droit civil » applique une règle générale et abstraite (la loi) à un cas, un système de *Common Law* applique un cas, une solution tranchée précédemment, au cas particulier, par analogie, suivant la « règle du précédent ». Surtout l'un, le système civiliste, fait confiance à la loi, donc au processus légal permettant son établissement, le juge étant alors, pour résumer, un agent de son application, où l'autre, le système de *Common Law* fait davantage confiance au procès, aux faits, et donc au juge, plus globalement aux *lawyers*. Deux systèmes différents donc, l'un principalement fondé sur une forme de droit postulé, la loi comme modèle de la norme, et l'autre sur le droit appliqué, la jurisprudence pour norme.

En même temps, le droit français présente une singularité sans doute liée à l'histoire de France de sorte que l'image du droit français est intrinsèquement liée à l'image de la France, l'image que l'on peut s'en faire. Ainsi l'image d'universalité de la France peut être associée à celle de son droit, également universel, derrière l'œuvre juridique de Louis XIV, de Bonaparte-Napoléon I^{er}, de la III^e République, du général de Gaulle, et qui véhiculent « une certaine idée de la France » et une certaine idée du droit français en quelque sorte, souvent associée à l'aura qu'a eu, qu'aurait eu ou que peut avoir encore le droit français, le Code civil, en Europe, dans le monde, et qui constitue une bonne partie du souvenir, voire des regrets, de la place de la France dans le monde. Le Code civil, la culture, la gestion administrative (si tatillonne mais si appréciée parce qu'efficace et non corrompue) français étaient exportés dans tout le monde connu : le Code civil s'appliquait en Belgique, en Hollande, en Italie, en Allemagne, au Japon, en Louisiane, etc. (V. *infra*, n° 74).

En 1808, après l'éna, Hegel, voyant les troupes françaises défilant dans Berlin s'exclamait « c'est la fin de l'histoire », puisque avec les troupes, arrivait le droit du Code civil, un droit moderne, intelligible, technique et efficace, et ne découlant ni du bon vouloir du « Prince », ni de juges à sa solde, ni de la Tradition (les coutumes). Le droit français s'est exporté dans les Colonies, dès le milieu du XIX^e siècle lorsque l'Europe lui était interdite après le Congrès de Vienne de 1815. En Allemagne et à la suite du réveil allemand du XIX^e siècle était élaboré un « contre Code », le BGB, adoptée en 1900, pour remplacer le Code français et présenter l'image d'un droit allemand

ne pouvant se limiter à reprendre les solutions françaises, parce qu'universelles (et non spécifiquement allemandes).

Cette image du droit français est très présente, en France et à l'étranger, c'est l'image d'un droit à la fois universaliste, notamment avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, mais également, et paradoxalement, nationaliste, au sens aimable du mot, celui inventé par les révolutionnaires français pour imposer l'envol des nations contre les tyrans ou plus tard, une forme d'humanisme légal, sous la III^e République et juste après la Seconde Guerre mondiale notamment. C'est cette image qui fait du droit français, à l'étranger, l'image d'un droit sinon hautain, en tout cas singulier. Elle est évidemment en recul, inutile de refaire cette triste histoire, le funeste Traité de Paris de 1763 et la cession des territoires américains, le Congrès de Vienne de 1815, la défaite de Sedan de 1870 qui consacra la domination prussienne sur l'Europe et surtout sur cette Allemagne de l'Ouest si francophile, la suprématie de l'Angleterre maîtresse du monde et des mers qui imposait le « doux commerce » si préférable aux guerres (V. *infra*, n^{os} 48 et s.), la « vraie-fausse » victoire française de 1918 (où Anglais et Américains refusaient que la France profite de cette victoire pour retrouver ses frontières rhénanes et obtienne paiement des indemnités de guerre, jamais payées par l'Allemagne), la revanche allemande de 1940 et la destruction définitive du rêve impérial français, à supposer que ce n'ait pas été un fantasme, la renaissance, par un mythe porté par un génie politique et militaire, la « France du général de Gaulle », la construction européenne, le retour du « souverainisme » après les doutes nés des dividendes tirés de cette construction et, peut-être, de la « crise du Covid-19 », etc.

Aujourd'hui, il est difficile de ne pas envisager le droit français sans un regard sur son imbrication avec la multiples conventions internationales que la France a signées et ratifiées, le droit de l'Union européenne et le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, souvent mal comprise et ce faisant mal critiquée. Par exemple, on peut observer qu'un grand nombre des règles de droit français sont de source européenne dans une telle proportion qui peut laisser penser que le droit français, en tant que droit autonome, aurait disparu. Les règles du droit de l'Union européenne sont toutefois concentrées sur les compétences de l'Union européenne, qui sont essentiellement économiques (libre concurrence, libre circulation des personnes, des capitaux, des marchandises et des services, des entreprises) même si elles se sont élargies de manière parfois considérable.

En revanche, les règles qui intéressent directement les citoyens, dans leur quotidien, la famille, la sécurité publique, le travail, demeurent de source interne, même si ce propos peut également être assorti d'un bémol en raison de la place de « l'autre » droit européen, celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui intéresse, directement, ces questions.

On pourrait d'ailleurs considérer la part des règles françaises qui sont adoptées par comparaison avec des règles de droit étranger, et réciproquement d'ailleurs. Voilà donc des questions de science politique, de politique tout court, qui présentent un sens en termes d'image du droit français et qui peuvent faire l'objet d'une appréhension par le juriste, qu'il soit en accord ou en désaccord avec cet état de fait. Par exemple encore, et pour rebondir sur l'image du droit français à l'étranger, un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* avait, en 2003 et comme chaque année, considéré le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde (Rapport *Doing business 2010* – www.doingbusiness.com : la situation semble s'être améliorée, la France est classée 31^e des économies mondiales selon des critères comme la facilité à réaliser une « affaire » en France, la capacité à faire exécuter et respecter un contrat [6^e en 2010], le coût fiscal, la possibilité de réaliser un transfert de propriété [159^e !], etc., et, bien entendu, les économies anglo-américaines sont en tête de ce classement). L'enjeu est

fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux, la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français dans un monde en concurrence et en concurrence de ses droits. Peu importe finalement, mais ce rapport a été l'occasion d'une réaction de juristes français (M. Grimaldi et D. Mazeaud, *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing business de la banque mondiale*, SLC, 2006), réitérant les avantages du système français, et critiquant la méthode utilisée. Ce faisant, la réponse française à l'« attaque » anglo-américaine dans un monde de commerce globalisé où le rapport au droit est essentiel, s'inscrit dans une logique non point de combat, mais de comparaison, voire de concurrence, des droits, face à des modèles qui sont tout à la fois historiques, philosophiques, économiques, politiques, sociaux. Pour clore l'exemple du droit des contrats, l'aboutissement de ce travail d'évaluation et de comparaison est l'ordonnance du 10 février 2016 qui a réformé en profondeur le droit, essentiel, des contrats et des obligations, ce qui semblait une mission impossible depuis un demi-siècle.

4. - Qu'est-ce que le droit? Définition(s) du terme « droit ». Au-delà des images, préjugés ou idées reçues sur le droit, une *introduction générale au droit* est l'occasion de se préoccuper d'une question essentielle et particulièrement complexe : qu'est-ce que le droit, quelle est l'étendue du droit, quel est son domaine? Les juristes résolvent difficilement cette question. Flaubert, par exemple, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, au mot *Droit*, répond : « on ne sait pas ce que c'est » (*Définir le droit I et II : Droits* 1989, t. 10 et 11. – Adde H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, PU Saint Louis, 2005) parce que la réponse dépend notamment de la définition de la règle de droit mais aussi de la connaissance des mécanismes générateurs de ces règles, en sorte que l'existence du droit se manifeste par la conception que l'on s'en fait ou par l'observation de ses sources. La réponse dépend également de la méthode choisie pour le décrire et ce seront ces méthodes qui permettront de déterminer l'existence du droit, que nous développerons essentiellement dans la première partie, sur la base des techniques de production des normes juridiques, ce que l'on désigne en général à travers la notion de « sources de droit » qui sera l'objet de la seconde partie.

La définition la plus usuellement donnée (V. *infra*, n° 5) consiste à considérer que le droit est fait de règles de conduite en société assorties d'une sanction, acception première qui, bien entendu, ne permet pas de cerner les contours du droit ne serait-ce parce qu'elle ne permet que très superficiellement de formuler une distinction entre les normes juridiques et non juridiques.

Cette présentation peut être effectuée par un certain nombre d'illustrations concrètes (ce sera l'objet du premier chapitre de la première partie) ou bien d'une considération théorique, ou plus exactement d'un grand nombre de considérations théoriques différentes et concurrentes.

Ainsi, on considère plusieurs acceptions au mot « droit ». En un premier sens, une personne peut considérer qu'elle dispose de « droits », qu'on désigne comme des « droits subjectifs » c'est-à-dire des potentialités d'agir (droit de propriété, droit de se marier) juridiquement protégées, par des actions en justice, des prérogatives juridiques, ou comme des libertés. Un autre sens identifie le mot « droit » comme un ensemble : le droit français, le droit civil, le droit des personnes. C'est le sens le plus couramment utilisé : il désigne alors un ensemble de règles, ou de normes. Enfin, en un troisième sens, le « droit » est la science qui étudie les normes : on évoque ainsi les facultés de droit, la philosophie ou la théorie du droit. Nous – nous, les juristes – évoquons en général ce terme « droit » en usant de ces différents sens de manière simultanée, sans nécessairement préciser son objet, ce qui rend l'étude du droit assez complexe. Elle l'est d'autant plus que la définition du droit ainsi présentée ne formule pas de distinction claire ou définitive entre les règles telles qu'elles sont

et les règles telles qu'elles devraient ou pourraient être selon le point de vue adopté. Or, la prise en compte de cette différence dépasse les trois sens du terme droit, pour proposer, à partir de l'observation du droit, plusieurs niveaux de discours sur le droit (V. *infra*, n° 21).

On peut alors aborder la question de la définition du droit de plusieurs manières dont l'approche de son domaine et d'éléments de méthode. Qu'est-ce que le droit ? C'est une question essentielle, notamment dans le troisième sens du mot « droit ». Avant d'introduire, de manière générale ou particulière, *au droit*, encore faudrait-il délimiter le champ de l'étude : le biologiste définit son champ d'étude, le spécialiste de physique quantique ou l'économiste également, et le juriste devrait pouvoir procéder de même : tel est le point de départ d'une discipline particulière qui est celle de l'*épistémologie juridique*, c'est-à-dire de l'étude du droit comme une science, mais aussi de la *philosophie du droit* ou de la *théorie du droit* (V. *infra*, n°s 43 et s).

5. - Définition traditionnelle du droit. Malgré tout, pour simplifier ou par commodité, une définition pédagogique, pour ne pas dire simpliste, identifie le *droit* comme un ensemble de règles de conduite juridiquement sanctionnées, dont l'étalon est constitué de la loi. La situation est alors assez simple : l'État (le gouvernement) produit des lois (par l'action du législateur), qui s'imposent à tous (les justiciables) alors que leur méconnaissance emporte une sanction (par le juge), l'ensemble formant un système cohérent, qu'on désigne comme le système juridique.

C'est une définition élémentaire et très partielle, entièrement centrée sur le mode légistique de production des normes, comme si la loi, incarnation parfaite, idéale et unique, de la norme juridique, ne connaissait aucune difficulté d'interprétation, aucun vide, sans qu'aucune place alternative ou complémentaire ne puisse être laissée à d'autres *sources* de normes juridiques, notamment la jurisprudence ou les usages. En outre, cette proposition suppose que les règles de droit sont effectives, et qu'une sanction serait automatique.

Apparemment, il n'y a aucune difficulté : il suffit de regarder dans un code, dans les lois, de poser une question à un juriste qui fournira généralement une réponse. Or ce raisonnement est erroné : le juriste interrogé ne peut fournir qu'une *opinion* sur la manière dont sera résolue une question, la réponse étant, au final, rendue par une autorité chargée de la donner, un juge pour résumer. Pour se rendre compte de la difficulté, il convient de se mettre à la place d'un avocat qui doit préparer une assignation, ou dans celle d'un juge qui doit rendre une décision. Il est très rare que l'un ou l'autre puissent se contenter d'ouvrir son Code civil, de réfléchir un instant au sens d'un article et, *eurêka !* d'achever son travail. Le droit, c'est aussi un ensemble de règles, de notions, de réflexes, de méthodes dont il sera d'ailleurs présenté quelques éléments essentiels en annexe, ne serait-ce que pour se familiariser avec quelques moyens de raisonnements en droit, ou quelques éléments de vocabulaire, qui se concurrencent, s'amalgament parfois de manière plus ou moins aisée.

Cet exercice suppose de distinguer le droit et tout ce qui relève de domaines ou de disciplines proches comme la morale, la religion, les comportements sociaux, les règles économiques, la Justice, etc., avec des règles communes et globalement intemporelles, comme la prohibition du vol ou du meurtre, mais également des oppositions fondamentales, entre des droits différents, par exemple la sanction de l'atteinte à l'intégrité de la personne et le droit de soigner du médecin, le droit au logement opposable et le droit de propriété, etc., qu'il convient de régler ou de faire cohabiter.

En outre, et comme nous le verrons, l'ensemble « droit » dispose de liens très importants avec les différentes idées de la « Justice » que l'on peut associer aux autres domaines, sans pour autant qu'il puisse lui être associé de manière nécessaire, automatique ou même scientifique. Le discours juridique est ainsi un discours technique mais aussi, pas dans le même moment, un discours philosophique. Le

droit serait alors une sorte d'« art » où la technique le disputerait à d'autres logiques, philosophiques, sociales ou économiques, dans un souci de Justice.

6. - Éléments de complexification et complexité du droit. Le droit n'est pas, en effet, qu'un ensemble de techniques, mais un savoir, le savoir juridique, des sommes de techniques, d'expériences, de discours, de pensées, etc., le tout de manière plus ou moins ordonnée, extrêmement mouvante et parfois aléatoire, mais en toute hypothèse partagée par la communauté des juristes. L'étude du droit suppose donc l'expérimentation de ce savoir, au-delà de l'assimilation des techniques.

Il arrive parfois que la question et la réponse soient apparemment faciles : deux personnes souhaitent divorcer, elles sont d'accord, elles concluent un projet de convention à homologuer par le juge ; l'avocat se présente alors comme un écrivain public et le juge une chambre d'enregistrement, sans doute, mais encore faudra-t-il passer par l'écriture de la convention, la requête en divorce, l'audience devant le juge aux affaires familiales, l'attente de la décision, la liquidation du régime matrimonial, etc.

Le plus souvent, les choses sont beaucoup plus, voire terriblement plus complexes. Une personne souhaite demander le retrait d'une antenne relais de téléphonie qui est située au-dessus de l'école de ses enfants, obtenir l'annulation du permis de construire d'éoliennes voisines, s'opposer à la destruction de sa maison, obtenir une indemnisation parce que le contrat qu'il exécutait depuis longtemps a été rompu, discuter la validité constitutionnelle d'une loi dont les dispositions lui sont opposées dans un procès, etc. Mille exemples de situations juridiques singulières embarrassent les certitudes du non-juriste car elles introduisent des notions floues et subjectives, d'équilibre, de raisonnable, d'équitable, de *bien* et de *mal*, ou de *justice*. Si A s'oppose à B, parce que A demande une indemnité à B et que B le conteste, c'est donc que les prétentions de A ou les prétentions de B sont justifiées (ou aucune des deux), ce qui conduit donc à relativiser l'unanimité d'un discours juridique : il n'est que la somme des discours possibles et discutables autour d'une question donnée. Le droit n'est pas la Justice au sens philosophique ou moral, il n'a pour objectif que d'assurer la justice par des moyens, des procédures et des règles, organisés.

Un exemple très célèbre, en droit privé, s'est posé dans les années 1980 avec la question de la validité des contrats dits alors de « mères porteuses », de gestation pour autrui. Un couple ne parvient pas à avoir d'enfant, il conclut un contrat avec une femme qui portera l'enfant fécondé à partir des gamètes du mari. En droit français, *mater semper certa est*, la mère d'un enfant est celle qui le met au monde. On observera alors une mère *gestatrice* et une mère *juridique*, par contrat, le contrat de mère porteuse ; la mère gestatrice porte l'enfant après une conception qu'on imagine artificielle moyennant rémunération, abandonne l'enfant à sa naissance, le père le reconnaît, la mère juridique l'adopte, et le tour est joué. Or, si la liberté contractuelle valide par principe ce contrat, la question se pose de savoir si, par contrat, on peut ainsi organiser la maternité d'un enfant, alors que des procédures organisées sont prévues, l'adoption, selon des techniques rigoureuses pour éviter tout abus, et plus globalement si ce contrat est valable et ce faisant par comparaison à un ordre public déterminé ou à déterminer puisque la question se posait en dehors de toute réglementation existante. L'idée même de justice, qui peut sembler très présente pour la mère juridique, plus économique pour la mère gestatrice, plus organisée comme relevant de l'ordre public pour d'autres et notamment pour ses gardiens, présente ainsi les éléments d'un litige qui doit être tranché par le juge, alors qu'aucune règle légiférée n'existe. La première décision rendue par le premier juge saisi est ainsi une « première » juridique, tout comme la première fois qu'est saisi le juge souverain, la Cour de cassation qui, en l'espèce, et sans doute pour provoquer l'action du législateur avait choisi, en 1989 puis en 1991, de considérer ces conventions comme illicites, au nom d'un principe d'*indisponibilité du corps humain* et un principe d'*indisponibilité de l'état des personnes* qu'elle inventait

d'ailleurs à cette occasion. Il en résulte qu'une pratique, qui n'était ni illicite ni licite ou plus exactement alors qu'un doute existait à ce propos, est devenue illicite de manière certaine du fait de ces décisions, tandis que l'évolution de ces pratiques, qui ont subsisté à l'étranger (où elles étaient valables) ont conduit la Cour de cassation à largement modérer sa position, notamment pour reconnaître la nationalité de l'enfant et le lien de parenté entre l'enfant et le père, en 2017.

Cette complexité du droit, et qui dépasse la complexité technique des résultats de la production des règles de droit, n'est ni nouvelle ni en voie d'expansion : elle est sans doute consubstantielle au droit lui-même et on peut en donner quelques exemples.

1. *La question de l'interprétation.* La complexité du droit se mesure donc en premier lieu à l'égard de la question de l'*interprétation* des normes juridiques, et donc de savoir qui dispose du pouvoir d'interpréter, de l'étendue de ce pouvoir d'interprétation, de ses méthodes, etc. Or, cette question est elle-même complexe : l'auteur d'une norme propose une interprétation de la norme qu'il a créée. Par exemple le gouvernement commente la loi votée par le Parlement, rédige des circulaires, fait des communiqués. De même la doctrine juridique fait profession de proposer des interprétations des normes juridiques, de telle loi ou de telle décision de jurisprudence, ou d'une discipline juridique dans son ensemble. Enfin, les juges interprètent les lois pour en assurer l'application aux cas qui leur sont soumis. La question se posera, alors, de savoir quelle autorité dispose du pouvoir d'interprétation *réel*, définitif, qui donne le sens juridique (au sens de valide) d'une norme à interpréter : le législateur, la doctrine, le juge, voire les justiciables eux-mêmes. Nous verrons que c'est là une question technique, qui mêle des questions de procédure, une question politique dans laquelle est évoquée la figure du « gouvernement des juges », et une question théorique de compréhension et de description du droit dans son ensemble.

2. *La question de la cohérence.* La complexité du droit se mesure également au regard de questions plus générales comme celle dite de la « cohérence » du droit, de la prévisibilité du droit, de la sécurité juridique, formules distinctes mais globalement voisines. Le droit est une matière en permanente évolution : des lois sont votées, des décisions de jurisprudence sont adoptées, les besoins de droit de la société varient, etc., de telle manière qu'il est très difficile de mesurer ce que sera le droit de demain. Des dilemmes considérables sont alors posés : si on peut comprendre que la sécurité juridique, qui implique une forme de stabilité, de prévisibilité, de la norme juridique, soit un besoin, ressenti par exemple pour l'efficacité économique des entreprises, peut-on, en conséquence, considérer que le droit des affaires, le droit des contrats soient immuables, posés une bonne fois pour toutes sans que l'on puisse en changer une ligne ? Si cette exigence de sécurité juridique était une telle nécessité, elle devrait sans doute devenir une exigence de valeur constitutionnelle, de sorte que toute modification, par une loi nouvelle par exemple, devrait être considérée comme inconstitutionnelle. Or, malgré parfois quelques réserves posées par le Conseil constitutionnel, il n'en est rien : des lois nouvelles sont adoptées, des lois réforment totalement des ensembles larges de droit (le droit des sûretés en 2008, le droit des procédures collectives ou de la concurrence de manière régulière, le droit des contrats en 2016, etc.), de même que la jurisprudence propose des interprétations nouvelles incessantes, de sorte que le « principe » de sécurité juridique devient une sorte de valeur lointaine, une contrainte sans doute, mais une contrainte non juridique.

3. *La question de la validité.* La complexité du droit se mesure en outre au regard de la question de la garantie de validité d'une norme juridique et notamment de la loi. Dans un système juridique qui admet qu'un contrôle de constitutionnalité ou de conformité avec une norme internationale (contrôle de conventionnalité avec les règles du droit de l'Union européenne, ou de la Convention européenne des droits

de l'homme) de la loi existe (et notamment un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire au cours d'un procès), il en résulte que chaque fois qu'une personne, ou l'État, engage une action judiciaire contre une autre personne, sur le fondement d'une règle juridique existante, la validité même de cette règle juridique pourra toujours être contrôlée, soit par le juge saisi soit par un autre juge, comme moyen de défense pour tendre à considérer que la règle juridique qui sert de fondement à l'action est anticonstitutionnelle ou inconstitutionnelle, de telle manière qu'un procès entre deux personnes, fondé sur une règle, ouvre toujours le principe d'un autre procès, contre la règle elle-même. Or, la discussion de la constitutionnalité d'une loi, ou de son inconstitutionnalité, face au Droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme ne se déroule pas de manière identique mais obéit à des méthodes, des procédures particulières.

Il en résulte un autre élément de complexité qui repose sur les conditions processuelles de mise en œuvre d'une règle juridique. Le droit de la procédure est en effet un ensemble fondamental, qui garantit les conditions de l'exercice d'une action et donc du droit lui-même, dans son entier : ne pas pouvoir agir ou ne pas avoir de droit, c'est du pareil au même. Dès lors, les techniques processuelles sont des conditions de recevabilité d'une action, et, de même que la manière dont le juge va organiser le procès, elles sont essentielles à la compréhension du droit. Par exemple, un procès civil en France peut se développer devant une myriade de juridictions, selon des techniques de *compétence*, dans lequel le rôle du juge ne sera pas toujours identique (le conseil des prud'hommes par exemple, compétent en matière de litiges de droit du travail, est composé de juges élus, pour moitié de représentants des salariés et d'employeurs, et d'un juge « départiteur », une procédure de conciliation y est organisée, tandis que le tribunal judiciaire est composé de magistrats professionnels) et où le juge n'est pas un simple arbitre des débats, mais dispose de pouvoirs particuliers. À l'inverse, aux États-Unis, le procès civil se développe devant un juge quasi muet, unique, souvent élu, et devant un jury populaire devant lequel les faits sont disséqués. Or, ces règles processuelles ont une incidence directe sur le fond du droit dans la mesure où la conduite d'une action dépend de ces règles. Par exemple, les États-Unis connaissent l'institution de la *Class action* dont le succès dépasse ses frontières. Pendant longtemps, une telle action était impossible en France, faute de reconnaissance processuelle, jusqu'à la loi *Hamon* du 17 mars 2014 qui a ouvert, en droit de la consommation, la possibilité, limitée, d'ouverture d'*actions de groupe*, en cours de développement en droit de la santé ou des discriminations (comp. D. Mainguy, *L'action de groupe en droit de la consommation*, Lextenso, 2014).

4. *La question de la globalité.* Enfin, cette complexité peut se mesurer à l'aune de la considération du droit en « ordres » ou en « systèmes », les « systèmes de droit » et donc de leur combinaison qui pose la question des règles de droit applicables à une question, mais également du juge compétent pour la résoudre (cf. R. Libchaber, *L'ordre juridique et les discours sur le droit*, LGDJ, 2013). La question est d'une très grande difficulté : d'un point de vue étatique seul compte l'ordre juridique, étatique donc, qu'il instaure, éliminant du champ de la juridicité tous les autres. Par exemple un ordre particulier, celui d'une entreprise, d'une association, d'un groupe, religieux par exemple produit ses propres normes et ses propres techniques de régulation, y compris de manière contraire à l'ordre juridique étatique comme l'ordre juridique mafieux (D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, Dalloz, coll. « Bibl. des thèses », 2018).

Un tel ordre juridique pourrait même être considéré comme contingent. Les pratiques du droit des affaires, par exemple, supposent aujourd'hui la prise en compte d'un certain nombre de systèmes juridiques étatiques ou interétatiques, les systèmes juridiques de l'Union européenne, français, allemand, anglais, néerlandais, américains, pour l'essentiel qui ne sont pas toujours cohérents, dans une logique dite de « droit global ».

5. *La question des limites.* La complexité, enfin, du droit se mesure à l'aune des limites de l'appréhension du droit : il n'est pas certain que les juristes tranchent toujours véritablement des problèmes de droit mais très souvent des problèmes adjacents, ou premiers, qui pourraient aussi bien être réglés par des moyens extra-juridiques mais qui, faute d'efficacité de ces solutions, s'en remettent à la force contraignante du droit. Un problème, banal, de dette, par exemple entre un débiteur et un créancier se résout dans la plupart des situations par une exécution spontanée de l'obligation de payer par le débiteur. Lorsque celui-ci refuse de payer, en revanche, l'avantage des solutions juridiques est d'offrir une solution contrainte *potentielle*. Il en est *a fortiori* des cas les plus complexes. Par exemple, les cas posés reposant sur des questions de gestation pour autrui posent moins une question proprement juridique que celle, extra-juridique, de la compréhension du phénomène en question.

7. - **Définir ou décrire le droit ?** On remarquera également que la question est insidieuse : qu'est-ce que *le* droit ? Pourquoi *le* droit et pas *les* droits ? Existe-t-il un droit universel dont nous n'appliquerions, à travers le temps et l'espace, que des déclinaisons et que peut-être nous chercherions à retrouver à travers les efforts d'harmonisation européenne ou internationale et les vœux humanitaires, ou existe-t-il des droits, le droit français, le droit chinois, le droit égyptien, le droit chrétien, le droit d'aujourd'hui, celui d'hier, de demain, qui seraient le produit de l'histoire des peuples qui l'appliquent ? Une division oppose d'une part le droit positif, le droit existant à un moment donné, c'est-à-dire le droit qui est *posé*, et d'autre part le droit *supposé*, celui qui devrait (ou pourrait) être, lequel peut être identifié par référence au mythique droit naturel, à un droit idéal, à la réalité des faits sociaux ou de la pratique, ou à un droit d'ailleurs.

On pourrait définir ou plutôt décrire – pour s'en tenir à une conception assez simple – le droit de la façon suivante : le droit est un système normatif globalement cohérent ; il est formé de normes, règles et/ou décisions ; il s'exprime sous une forme plus ou moins ordonnée (droit codifié, droit légiféré, droit prétorien, droit coutumier, droit écrit ou droit oral, droit savant ou droit populaire, droit civil ou droit religieux, etc.) et par référence à des conceptions plus ou moins fondamentales, soit de manière négative par refus de les intégrer, ou au contraire en les prenant en compte (références à la morale, aux droits de l'homme, au droit naturel, à [aux] Dieu[x], à la raison, à une idéologie...) ; il s'impose grâce à une institution judiciaire qui doit sinon assurer la justice, du moins éviter la justice privée et le recours à la force sauf si elle est légitime ou publique ; il utilise un vocabulaire particulier, des techniques, une méthode de raisonnement juridique qui forment ce que l'on pourrait appeler le cadre du droit dans lequel les règles proprement dites pourront être exprimées. Le droit est ainsi un ensemble de procédures d'attribution des droits. Si je peux dire d'une chose, « elle est à moi », c'est que m'est reconnu un droit de propriété sur cette chose ; mais par qui, pourquoi, comment, selon quels mécanismes, quels fondements, dans quelle mesure et dans quelles limites ? L'étude du droit, dans sa globalité, tente d'y répondre.

8. - **Droits subjectifs, plan.** Enfin, il est vain de considérer le droit indépendamment de son contenu, des droits, des droits subjectifs, compris comme les prérogatives juridiques reconnues aux sujets de droit : la propriété, le droit de se marier, de contracter, etc. La notion de droit subjectif a fait l'objet de nombreuses critiques. Elle est assez approximative lorsqu'il s'agit de distinguer droits subjectifs individuels (droit de propriété) et collectifs (droit de grève), les droits fondamentaux et les autres, d'y glisser les droits de l'homme ou bien de les distinguer des libertés (disposé-je de la *liberté* de me marier, du *droit* de me marier, de l'application d'un droit de l'Homme à fonder une famille, du *pouvoir* de me marier, de la *faculté* de me marier, de l'*option* de me marier, me pacser ou demeurer en concubinage ?). En outre, la conception des droits subjectifs est

souvent associée à la notion de Droit objectif, dont ils découleraient (V. *infra*, n° 9), notion qui est encore plus critiquable.

Nous écartérons donc la distinction entre Droit objectif et droits subjectifs, tout en étant conscient que de nombreux ouvrages ou cours d'introduction générale au droit se fondent sur cette présentation, voire sur ce plan. L'étude de la notion de droit nous semble cependant appeler une compréhension plus globale. Une précision cependant. Cette introduction générale au droit, comme la plupart des manuels en la matière, se révélera davantage une *introduction générale au droit civil* ou *au droit privé* plus généralement, qu'une *introduction générale au droit*. Traditionnellement, ce sont, dans les facultés de droit françaises, les professeurs de droit privé qui assurent la présentation, l'introduction au droit, peut-être parce que le droit civil était plus ancien, plus construit, plus achevé que les autres branches du droit, mais surtout parce que, à l'origine de cette matière, vers la fin du XIX^e siècle, le droit public était balbutiant et surtout, les professeurs de droit privé étaient alors conscients de la nécessité de présenter les conditions de l'étude du droit, dans ses deux composantes, de contenu et de contenant, pour assurer l'évolution de l'étude du droit, assez figée jusqu'à lors. Bien des aspects de l'ouvrage renverront à d'autres branches du droit que le droit privé ou le droit civil et surtout tenteront de présenter, au-delà de la dogmatique juridique, quelques éléments de présentation d'une théorie ou d'une philosophie du droit.

Une autre question demeure : convient-il de présenter les principales institutions du droit privé ? Il est extrêmement difficile de proposer des éléments de définition du droit, de théorie ou de philosophie du droit sans un minimum de connaissance de ces institutions, des classifications, bref du code langagier des juristes (V. toutefois, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, PUF, 3^e éd. 2015) : nous présenterons ces éléments, sous la forme d'une partie annexe, après la seconde partie, de manière à ne pas risquer une confusion qui consisterait à présenter, même de manière synthétique, un ensemble de règles de droit positif et d'institutions *comme si elles étaient garanties* alors que tout le reste de l'ouvrage consisterait à douter de ce caractère et à présenter les controverses que propose une approche, même simplifiée, du droit. Il est utile pour l'étudiant de saisir cet ouvrage de manière non linéaire, comme appui d'un cours, en lisant les éléments insérés en annexe, contenant les principales institutions juridiques et les questions de preuve, mais également la deuxième partie, contenant les questions techniques de ce que l'on appelle les « sources du droit » mais aussi leur interprétation ou leur application, en lien avec la première.

À travers les différents sens du mot droit, la question de **l'existence du droit** se manifestera (Première partie) ; elle nous permettra d'identifier **les sources du droit** (Deuxième partie) et enfin sous une forme synthétique, les **principales** (ou quelques) **institutions du droit privé** (Partie annexe).

ZOOM

CONSEILS BIBLIOGRAPHIQUES

Le droit est une culture. L'étudiant curieux lira avec délectation quelques autres introductions générales au droit, pour compléter son information comme pour observer que, finalement, chaque auteur a sa façon de

présenter les choses, que ces façons de présenter les choses ne sont pas seulement le fruit de choix techniques ou de techniques de rédaction. Il lira peut-être les savantes chroniques de *Législation française* et de *Sources...*



... du droit à la *Revue trimestrielle de droit civil*.

Il lira s'il le peut l'éditorial de la revue *Dalloz* qui dissèque l'information, pas nécessairement juridique, sur un ton amusant et séduisant démontrant par là que l'intérêt du juriste ne se limite pas aux recours du cofidéjusseur solidaire contre l'emphytéote indivisaire. Le même étudiant, peut-être un peu surpris par la technicité des règles juridiques et effrayé par la perspective de ces études complexes au rude langage auxquelles rien ne l'avait préparé, consultera aussi quelques ouvrages qui pourront le rassurer en lui montrant qu'il a déjà rencontré du droit en lisant par exemple deux des ouvrages de Ph. Malaurie : *Droit et littérature, une anthologie* (Cujas, 1997) et *Anthologie de la pensée juridique* (Cujas, 2^e éd. 2000), en compulsant un dictionnaire juridique comme le *Vocabulaire Cornu*, qui est d'ailleurs paru dans une édition le mettant à la portée de toutes les bourses (PUF, coll. « Quadrige »), ou R. Cabrillac (ss dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, éd. LexisNexis).

Si le phénomène de l'association de la littérature et du droit l'intéresse, il observera aussi, peut-être, le droit tel qu'il est révélé dans la littérature, qui donne une idée de la manière dont, ici ou là, le phénomène juridique est perçu et retranscrit, dans la littérature, le cinéma, les séries (cf. par ex. A. Garapon et D. Salas,

Imaginer le droit, le droit dans la littérature, Michalon, 2008, mais aussi, F. Defferrard, *Le droit selon Star Tek*, Mare et Martin, 2015).

Enfin, un lecteur curieux de comprendre le droit lira avec délectation les ouvrages de philosophie du droit, de sociologie juridique, d'histoire du droit. Quelques références apparaissent dans cet ouvrage, elles ne sont pas exhaustives. Par exemple, en matière de philosophie du droit : B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2000. – Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 2002 ; *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009. – R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007. – J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, PUF, 2009. – X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008. – Surtout, indispensables : A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2^e éd. 2018. – S. Neuville, *Philosophie du droit*, LGDJ, 2019, et J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 4^e éd. 2011, mais aussi, J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1978, l'ensemble renvoyant à une bibliographie riche permettant d'approfondir le sujet ou thème retenu.

Enfin, l'ouvrage comporte, en fin de chapitre ou de section, des références bibliographiques qui correspondent aux travaux auxquels l'auteur réfère pour cet ouvrage, sans qu'il s'agisse d'une liste exhaustive de références documentaires.



PARTIE 1
L'EXISTENCE
ET LA DÉFINITION
DU DROIT

9. - Une distinction écartée : Droit objectif et droits subjectifs. Comme nous l'avons déjà envisagé, un premier regard sur le droit permet de le contenir autour de l'étude des rapports juridiques entre les hommes qui se réalisent, s'extériorisent, essentiellement à travers les prérogatives dont disposent les sujets de droit : mon droit de propriété sur ma maison, mon droit à toucher un salaire de mon employeur, contrepartie de son droit à obtenir le travail pour lequel il m'emploie, etc., l'ensemble constituant les droits subjectifs, lesquels seraient le résultat d'un ensemble, le « Droit » objectif, le droit tout court, en quelque sorte et qui serait constitué (J. Carbonnier, *Grand droit et petit droit. Flexible droit*, LGDJ, 1998, p. 59) de l'ensemble des règles de droit qui régissent la vie en société selon une division présentée comme donnée : le Droit civil, le Droit des personnes, le Droit du mariage, etc. Ces branches du droit révéleraient les sources formelles du droit : lois, coutume, jurisprudence. Les droits subjectifs seraient dans cette perspective les prérogatives que le Droit objectif reconnaît à un individu ou un groupe d'individus et dont ils peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres en invoquant s'il y a lieu la protection de ces droits par les pouvoirs publics.

Ce serait ainsi que le Droit objectif se réalise, en identifiant de tels droits subjectifs, de telles prérogatives juridiques aux sujets de droit. Nous avons déjà dit que cette distinction était approximative et des deux branches de l'alternative, c'est sans doute celle du « Droit » objectif qui est la plus discutable : celui-ci se présente en effet comme une matrice, comme une source en elle-même, voire comme une forme, immatérielle et officielle d'accréditation des droits subjectifs. Or, cette présentation, autoritaire et abstraite, est particulièrement critiquable, en tant qu'elle serait censée tout à la fois décrire et expliquer le droit. Un droit subjectif ne naît pas d'un « Droit » objectif qui en prévoirait la substance ou la potentialité, mais des sources réelles de droit. Si je dispose d'un droit d'agir contre l'auteur d'un préjudice que j'ai subi, c'est parce que telle règle du Code de procédure civile par exemple me reconnaît un droit

d'agir sur le fondement d'une règle, issue de la loi ou de la jurisprudence ou encore de ma capacité à convaincre le juge pour identifier un droit nouveau, mais certainement pas parce que mon « droit subjectif » de demander réparation résulterait d'un « Droit objectif » de la responsabilité ou de la procédure. Le fait d'évoquer le Droit des contrats, ou le Droit de la famille, par exemple n'isole pas un « Droit objectif » mais simplement une façon d'organiser, de présenter les règles qui intéressent les contrats, ou la famille. Une confusion est en outre souvent observée entre le droit *du* logement et le droit *au* logement, le Droit *du* mariage et le droit *de* se marier, voire le droit *au* mariage, etc. Il y aurait donc une simple fonction pédagogique, et encore, aux effets limités, à identifier un groupe de règles, désigné comme « Droit de », contenant un ensemble de règles désignées comme « droits à » ou « droits de », mais pas de critère juridique en ce sens que la distinction permettrait de distinguer ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas. À défaut, la définition du droit serait une simple définition arbitraire, posée par on ne sait qui d'ailleurs, et en ce sens, autoritaire; elle n'aurait d'ailleurs aucun intérêt si elle ne rendait pas compte des phénomènes juridiques réels. Ainsi, il convient de ne pas confondre les situations qui ont été considérées comme juridiques, et qui ne l'ont pas été par hasard, et qui sont bien établies dans le droit, de toutes les situations pour lesquelles leur intégration dans le droit est difficile, voire hypothétique (et relevant sans doute d'un autre ordre, la religion, la morale, les mœurs, etc.).

Une définition du droit doit donc se concentrer sur les cas, les situations. Certaines situations qui sont dans le droit, peuvent par exemple ne plus concerner aucun cas concret (songeons aux biens paraphernaux, institution du droit du mariage, les biens remis en dot et gérés par le mari, situation disparue en droit français) et des cas *a priori* non juridiques car ne correspondant pas à une catégorie connue, et pourtant créant des difficultés juridiques (comme la situation des lanceurs d'alerte par exemple). Nous verrons d'ailleurs que cette distinction théorique – le droit existant en tant que tel, comme idéal, et le droit n'existant que comme réalisation – est permanente dans la pensée juridique et renvoie à des querelles célèbres, Platon contre Aristote, la querelle des universaux, etc.

D'autres distinctions existent entre les différents types de prérogatives. Ainsi, lorsque l'on parle de droit de se marier, on confond *liberté* de se marier et *droit* de se marier, comme on confond parfois *liberté* de contracter et *droit* de contracter ou de ne pas contracter (par exemple pour identifier un abus du *droit* de ne pas contracter). Comment, en outre, découvrir des points communs entre un droit de créance qui assure une prérogative contre une personne et un droit collectif, comme le droit de grève, ou des droits-cadres, qui appellent d'autres droits pour se réaliser, comme le droit à respirer un air pur, le droit à la formation professionnelle, le droit à la liberté, le droit au droit... C'est alors la définition même de la formule « droit subjectif » qui est en jeu : certains y voient un intérêt juridiquement protégé (V. *infra*, R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, LGDJ, 2006), d'autres, une prérogative juridique, d'autres une situation juridique (V. *infra*, L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901. – P. Roubier, *Le droit transitoire*, 1960), d'autres encore, un rapport d'appartenance-maîtrise (V. *infra*, J. Dabin, *Le droit subjectif*, 1952), le tout dans un but de théorisation des prérogatives qui dépendent, en toute hypothèse, d'un juge pour les reconnaître.

Inversement, la reconnaissance et la multiplication des droits, de sources variées, traduisent une large tendance à la « subjectivisation » du droit à l'aide parfois du recours aux *droits* de l'homme, qui sont souvent des libertés, en une influence renouvelée de l'individu contre le groupe. Dès lors, l'ensemble des manifestations des prérogatives juridiques reconnues par le droit objectif : droits, libertés, prérogatives juridiques, pouvoirs, facultés, options établissent la fonction essentielle du droit, assurer la justice de façon sans doute plus précise que la notion stricte de droit subjectif.

Cette notion est une procédure d'attribution des droits aux individus selon leurs besoins, selon leur potentialité, leur richesse, leur roublardise, le hasard, de manière juridiquement organisée ou pas, les règles juridiques tentant d'en assurer le contrôle grâce à des notions standards (faute, abus, fraude, force majeure...).

Au-delà des critiques, cependant, l'affirmation, sinon le cri, « c'est mon droit » ou le sentiment d'appartenance, « c'est à moi » vérifient ce sens premier du besoin de droit subjectif que ses critiques ne parviennent pas à remplacer. C'est en ce sens que la notion de droit subjectif est essentielle à la compréhension et l'application du droit.

10. - Plan. La prise en compte concrète de l'existence du droit peut s'effectuer de diverses manières. Il peut s'agir de l'aborder par l'observation des principaux matériaux juridiques qui font le droit, à travers quelques éléments fondamentaux de connaissances juridiques : la distinction des personnes et des choses, des choses entre elles... Il s'agit alors d'envisager l'objet de l'intervention du droit pour ne pas dire l'« objet droit » ou quelques éléments du « contenu droit », et nous avons déjà dit que cette présentation ne serait pas retenue, renvoyant quelques considérations sur ce point en fin d'ouvrage.

Pris de manière générale, le droit rend en effet compte des comportements des hommes, quels qu'ils soient, à travers des interdits, des obligations, des devoirs, etc., dont la violation est *sanctionnée*. La conception que les juristes se font du droit est donc apparemment simple : il s'agit d'un ensemble de règles de droit, de normes, de commandements. Ces règles de droit sont souvent assimilées à des lois ou plus exactement à des articles de lois qui se présentent sous forme de rapport de causalité, comme une technique d'imputation alors même que ces règles de droit sont *a priori* indépendantes des sources de ces normes juridiques. Par ailleurs, ces règles de droit doivent être envisagées dans toute leur complexité, laquelle ne se résume pas à la difficulté de les interpréter. Le droit se conjugue donc avec des normes simples, les normes internationales (V. *infra*, n° 215) et des normes plus diffuses, le *soft law* par exemple (V. *infra*, n° 154), les règles professionnelles, le droit d'initiative privée, etc. Ces normes ne seraient cependant que des directives sans intérêt, si elles n'étaient pas sanctionnées, plus exactement si ne planait pas la menace d'une sanction juridique, réalisée par le *procès*.

L'une des questions essentielles, que nous résoudrons plus tard, consiste à repérer les sources de ces normes (V. *infra*, Deuxième partie, n°s 130 et s.), de sorte que le juriste s'interroge en permanence sur deux types de considérations : quel est le contenu de ces normes, comment s'organisent-elles, quels sont les droits qui en découlent, mais également quelles sont les sources du droit ? Assez paradoxalement d'ailleurs, on peut parfaitement, comme le fonctionnement du droit français contemporain le démontre, s'en tenir à la première considération tout en s'en tenant à une conception arrêtée, ou fantasmée des sources du droit. Pourtant, l'idée que la jurisprudence est une source du droit, avec les autres sources possibles, voire la source du droit, dans la conception réaliste du droit, rend compte différemment du couple norme et *procès*.

Ainsi, et pour résumer, dans une conception jusnaturaliste, la norme juridique peut être considérée comme l'application, imparfaite (parce qu'humaine), d'une norme ajuridique (morale, religieuse, rationnelle) vers laquelle doit tendre le droit. Dans une conception légaliste, les normes juridiques sont les lois, au sens large, les *normes juridiques valides*, et le *procès* assure l'interprétation de la norme, sa mise en scène au cas particulier : « le juge est le législateur des cas particuliers » écrivait Ripert (V. *infra*, *Les forces créatrices du droit*), de sorte que la norme et la décision assument deux fonctions distinctes et hiérarchisées : la norme est posée par la loi (ou par des principes généraux) et la décision n'est que son application. Cette conception est contrariée par le phénomène jurisprudentiel qui se réalise lorsque le juge (les cours

suprêmes) « invente » des normes. Dans une conception réaliste, le couple norme et décision est plus subtil : l'interprétation devient le phénomène essentiel qui produit la norme, de sorte que la loi dispose d'une situation concurrente ou inférieure à la jurisprudence. L'aboutissement de la conception réaliste consiste à poser la loi comme un fait et le résultat de l'interprétation par une juridiction suprême comme la norme : cela n'ôte rien à la loi qui, en toute hypothèse, assure aussi des choix : la loi est le juge des cas généraux. Il semble donc essentiel d'observer les normes et la décision bien entendu, mais également leurs fondements.

Nous envisagerons, en revanche, pour identifier les règles de droit, deux considérations, un premier ensemble sera constitué de considérations générales sur les normes juridiques, prises en termes de *méthode d'identification des règles de droit* (Chapitre 1) et la question du *procès* (Chapitre 2).



CHAPITRE 1

LA RÈGLE DE DROIT, LA NORME JURIDIQUE

11. - Un certain nombre de questionnements ont déjà été abordés autour de la question « Qu'est-ce que le droit ? », ne serait-ce que pour poser les jalons et les méthodes possibles de cette introduction (V. *supra*, n° 3). Sans y revenir de manière précise, on peut simplement rappeler l'extrême difficulté qui consiste à proposer une définition, et la grande diversité des définitions ou descriptions proposées par les auteurs (cf. S. Rials [ss dir.], *Droits* 1989, n° 10, et 1990, n° 11). On peut s'entendre sur l'idée que le droit est d'abord un système normatif qui a pour objet des normes juridiques de conduite entre les hommes. Le caractère juridique de ces normes les distingue d'autres types de normes, comme les normes sociales, morales ou familiales, la difficulté reposant sur les techniques permettant de réaliser cette distinction, étant entendu que les normes juridiques se caractérisent par l'existence de sanctions juridiques, promises par le système juridique et prononcées en principe par un tiers, le juge.

Cette définition évoque en réalité trois sens du mot droit (V. *supra*, n° 4), le droit pris en tant que règle juridique (le « droit » de propriété), le droit pris comme ensemble de règles (le « Droit » des biens), et le droit comme science permettant d'étudier le tout.

Au risque de la répétition, il convient en premier de considérer la norme juridique, ou la règle de droit dans sa généralité, c'est-à-dire indépendamment de sa source. C'est en ce sens qu'une définition peut être présentée (Section 1). À bien des égards, le droit apparaît, alors, comme une science (Section 2), en évolution (Section 3).

Section 1

La définition de la règle de droit

12. - Éléments de définition. Le droit, en tant que système, est intimement lié à l'idée de *règle* ou de *jugement*, c'est-à-dire qu'il est fait de commandements, d'ordres, de prescriptions ou d'interdictions, qu'ils soient d'origine légale ou judiciaire.

Toutes ces règles peuvent par ailleurs être discutées en justice, traditionnellement lorsqu'il s'agit de les mettre en application, ce qui consiste à vérifier que la règle correspond bien à la situation concrète à laquelle on la confronte, et de manière plus extraordinaire, à discuter la validité ou l'existence même de la règle (par exemple lors d'un contrôle de légalité ou de constitutionnalité de la règle).

Une confusion fréquente consiste à distinguer la *règle de droit*, en tant qu'elle résulterait de la loi, la source légale plus largement, et la *décision*, qui résulterait de la *jurisprudence*, comme si ces deux notions présentaient, *a priori* et par définition, une différence de nature.

Nous leverons cette ambiguïté ici : la notion de *règle de droit* est identique à celle de *norme juridique*, quelle qu'en soit l'origine, la source. Si en effet, la règle de droit ou norme juridique est plus étroite que celle de norme (qui peut être sociale, morale, religieuse, etc.), elle est consubstantielle au produit de ce que l'on désigne comme les « sources du droit ». Or les sources de droit sont multiples, légales ou jurisprudentielles, voire coutumières, pour l'essentiel. La question de la nature des normes dépend donc de leur description mais également de la considération de leur source. Nous considérerons donc, ici, les règles de droit dans leur généralité, qu'il s'agisse des règles de droit légiférées, jurisprudentielles, coutumières, voire relevant du fait social. On pourrait ajouter au-delà de cette première précaution que le système juridique, les règles de droit peuvent également s'envisager dans une forme de mouvement, dans le temps. Une conception figée du droit identifierait en effet une photographie, un instantané, comme si les situations juridiques d'hier, d'aujourd'hui et de demain pouvaient se couler dans une telle photographie. Or, les règles de droit changent constamment au gré de réformes, de revirements de jurisprudence, voire du simple écoulement du temps. Si je me marie en 2010 et je divorce en 2030, ce divorce sera régi par la règle existant en 2030, pas par celle ayant existé en 2010. Une conception dynamique doit donc tenir compte de cette évolution certaine des règles, et tenter de prévoir ces évolutions, prévoir ou gérer les aléas dans les évolutions, etc.

De même, la norme se présente comme une *imputation*, une *relation de causalité* du type « si, alors ». C'est cette présentation qui confère à la norme sa présentation obligatoire : si telle situation se présente, alors, il en résulte telle conséquence et qui donne au droit une image de cohérence et parfois de logique, comme si toute situation initiale emportait toujours, par imputation, sa conséquence, en une considération rationnelle du droit. Cette présentation, par l'automatisme qu'elle laisse supposer, est erronée. Cette logique d'imputation n'est pas en effet automatique : elle suppose une décision, réalisée par un tiers (le juge) de sorte que la mise en œuvre de la conséquence juridique est dépendante de l'appréciation des conditions de cette mise en œuvre et de l'interprétation que fera le juge, un homme donc avec son éducation, son ressenti, ses convictions, et donc sa part d'irrationalité, de cette règle.

Plus généralement, la norme juridique est ordinairement définie comme une règle de conduite humaine prise sous la forme d'un commandement. Ainsi, la limitation de vitesse sur route est un commandement mais la réalité de la conduite sur route est une autre chose. La règle de conduite (en société) est donc un effet, potentiel ou avéré, de la règle, une question d'application, de mesure, d'évaluation, d'efficacité,

d'interprétation, etc., qui ne relèvent pas de la définition de la règle (mais de son interprétation ou de son application).

13. - Nécessité de la règle de droit. La règle de droit se présente comme un type particulier de règle de conduite entre les hommes en société. On peut insister sur cet élément d'organisation de la vie sociale qui caractérise le droit. On écrit souvent que Robinson, seul sur son île, n'a pas besoin de droit, il ignore le droit ou, plus exactement, son droit est identifié à sa morale, s'agissant de son comportement avec lui-même, avec les choses, les animaux par exemple. Que Vendredi le rejoigne et un besoin de droit se crée afin d'organiser leurs relations, de répartir leurs rôles. Le droit est, en effet, consubstantiel des relations entre les hommes. *Ubi societas, ibi jus*, le droit naît de la société des hommes et un système de droit organisé est d'ailleurs un critère de civilisation, aujourd'hui autour de la notion d'État de droit.

Dans le même temps, si l'existence de règles s'impose, de Moïse à Robinson, il n'en résulte pas que ces règles soient identiques, ce qui met en balance les conceptions *universelle* ou *relativiste* du droit, importées des sciences sociales. L'affaire *des îles Pitcairn* est à cet égard exemplaire. Peuplées de Polynésiens, ces îles britanniques situées au large de la Polynésie et de la Nouvelle-Zélande, furent le refuge des réfugiés du Bounty, après leur célèbre mutinerie. Dans les années 1950, deux cent cinquante personnes de neuf familles, descendantes des révoltés du Bounty étaient pratiquement oubliées du monde. Ils parlaient un créole mélangé d'anglais et de polynésien et disposaient de leurs propres règles dont l'une permettant de s'unir et de procréer avec ce qu'on désignerait ailleurs comme des mineurs. « Redécouvertes » dans les années 2000 par une touriste australienne, ces îles furent l'occasion d'un scandale fondé sur l'existence de crimes sexuels. Au cours du procès, les insulaires invoquaient le fait que la couronne n'avait jamais officiellement fait valoir ses droits sur l'île et que les révoltés du Bounty avaient révoqué leur citoyenneté britannique en brûlant leur bateau, en 1790, de sorte que les lois britanniques leur étaient inapplicables. En 2004, une Cour suprême de Pitcairn créée pour l'occasion décida d'appliquer la loi anglaise et condamna les insulaires accusés. Cette affaire illustre l'opposition entre le « relativisme juridique » pris d'une règle particulière en un lieu et un temps particuliers, et l'universalisme de certaines règles, les droits de l'homme ici (cf. L. Assier-Andrieu, *Le crépuscule des cultures, L'affaire Pitcairn et l'idéologie des droits humains : Dr. et société* 2012, p. 763).

Si l'on admet que des règles de droit sont nécessaires, c'est parce qu'elles s'imposent d'elles-mêmes : sans droit, une société ne serait qu'anarchie, violence, barbarie, à supposer même qu'une société sans droit puisse exister (V. *infra*, Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit, op. cit.*).

Portalis, l'un des auteurs du Code civil, écrivait ainsi que « de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir » (*Discours préliminaire*, in *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1986, p. 37), discours sympathique mais qui s'inscrivait dans la conception universaliste française née de la Révolution française. Les « lois civiles » visées par Portalis sont chargées de la conception rationaliste du XVIII^e siècle que concrétisait, ou croyait concrétiser, le Code civil nouveau Code Justinien de l'Empire napoléonien.

La conception universelle française est celle d'un droit fondé sur des « lois » donc des normes forgées par les hommes et ne dépendant pas de Dieu ou de l'écoulement du temps et en même temps la conception d'un ensemble de normes juridiques universelles qui justifia l'imposition d'un droit civilisé à l'Europe entière, celle d'Ancien Régime, pour les libérer, puis d'un droit colonial aux populations indigènes conquises, au système juridique trop « sauvage » pour être considéré.

On voit donc que tout discours juridique est politique, toute norme juridique peut et doit être considérée du point de vue du système juridique qui le produit. Ce peut être de manière cynique pour justifier un système, le système néolibéral moderne

par exemple, ou au contraire pour proposer un système totalitaire ou idéaliste, qui conduit généralement à la catastrophe, mais qui n'interdit pas ces observations, ne serait-ce que pour comprendre le système juridique existant (cf. O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable, l'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2017).

Nécessaire, la règle de droit n'est cependant pas *première* : les règles de droit déterminent des procédures d'attribution des droits subjectifs, organisent les règles de vie en société, ce qui suppose que ces règles de vie soient préalablement déterminées et éventuellement en litige. Une conception naïve pourrait laisser penser que ce sont les règles de droit, puisqu'elles organisent la vie en société, qui en sont également le fondement et la condition. Or, si on peut, selon la méthode positiviste, essayer de déterminer les règles de droit indépendamment de toute valeur, il n'en résulte pas que les règles de droit soient *réellement* indépendantes de toute valeur, bien au contraire. Toutes les règles de droit sont le produit d'un choix politique, toutes les règles de droit pourraient être choisies parmi plusieurs. Ce sont des conceptions philosophiques, sociales, politiques, économiques, religieuses qui déterminent les choix sociétaux, que les juristes organisent ensuite. Ce caractère suiveur, ou second, du droit, n'implique cependant pas qu'il devrait être étudié en fonction de ces valeurs : cette confusion, disons de droit naturel, est, précisément, celle qui s'oppose à la description positiviste du droit.

Souvent perçu comme une contrainte, le droit peut, aussi, être compris comme une sorte de règle du jeu des relations entre les hommes, un guide de conduite. On évoque parfois l'effet prophylactique de la règle de droit : bien des règles sont posées sans réelle portée immédiate mais pour organiser une institution. Par exemple, les règles du droit de la famille posent un ensemble de règles complexes mais qui n'intéressent, en pratique, que les situations litigieuses et finalement marginales. Dans cette conception, nettement tirée d'un légalisme ultra dominant dans la doctrine française de droit privé : « la règle de droit ne peut pas avoir d'effet direct ; il est de nombreuses hypothèses où elle produit surtout des effets indirects qui sont psychologiques et parviennent à prévenir la société du mal qu'elle veut éviter : l'éventualité d'un avantage attaché à un acte souhaitable incite à le faire, la perspective d'une sanction attachée à une faute dissuade de la commettre » (V. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 6). Mais, en même temps, on pourrait considérer que cette contrainte, cette sanction, n'est pas inhérente à la norme, mais à la décision et l'interprétation de la norme qui en résulte : que le juge décide de ne pas sanctionner lourdement le médecin qui facilite le décès d'une personne en fin de vie et la question de l'euthanasie est, sinon réglée, du moins juridiquement traitée ; que le juge considère que le mariage ne suppose pas l'union d'un homme et d'une femme et la question du mariage homosexuel le serait également (aurait pu l'être, cf. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627 : « Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »).

On peut alors envisager des éléments de définition de la règle de droit (§ 1), de détermination de celle-ci (§ 2), ainsi que ses caractères (§ 3).

§ 1. – DOMAINE DE LA RÈGLE DE DROIT

14. - Le droit : contenant et contenu. Le droit s'étudie généralement par voie de définitions qui tentent de baliser son domaine : les termes juridiques sont définis minutieusement parce que les juristes communiquent à l'aide de ces termes techniques, parfois abscons pour le néophyte, et, de ce fait, savent qu'en employant

tel terme, alors tel régime juridique, tel effet leur sont attachés. Le droit est ainsi, en premier, une forme de langage, une sorte de code. C'est d'ailleurs ce qui agace tant les non-juristes.

Ces définitions et leur maîtrise souffrent cependant de l'effet de métonymie du terme « droit » comme le montrent les différents sens du terme droit (V. *supra*, n° 4), amoindrie dans la langue anglaise (V. *supra*, n° 3), en ce sens que le même terme, « droit », associe contenant, le droit comme technique de production de normes, et contenu, le droit comme règle particulière.

Cela étant, l'idée d'un « contenu » du droit dont le sens serait connaissable et par là même garanti, comme on évoque le contenu, individualisé, d'une bouteille est à relativiser. Il existe des questions juridiques, des problèmes juridiques, des solutions possibles, une solution probable, mais pas *la* solution à un problème donné, qui pourrait être connue de manière évidente, certaine ou intemporelle. À défaut, il suffirait d'un algorithme efficace pour remplacer les juristes, juges et avocats. Si la loi indique une situation particulière, et que le juge tranche généralement les cas présentés d'une façon déterminée, il n'en résulte pas, d'une part, que cette manière d'interpréter la loi était unique ni qu'il en sera toujours ainsi. Par exemple, pendant très longtemps, le divorce était fondé, de 1884 à 1975, sur la notion de faute, et plus clairement sur l'adultère, compris comme la violation du devoir de fidélité, clairement identifié dans l'article 212 du Code civil. En 1975, la réforme du divorce a modifié la cause du divorce pour faute en en faisant un divorce fondé sur la « violation grave et renouvelée des devoirs réciproques des époux ». À la question « L'adultère est-il une cause de divorce ? », on répondit positivement, puisque le devoir de fidélité est posé dans l'article 212 du Code civil, jusqu'à ce que la Cour de cassation décide que l'adultère n'est pas, en soi, une cause péremptoire de divorce, une violation « grave et renouvelée » de ces devoirs, sans que la rédaction de l'article 212 ait été modifiée préalablement par le législateur. Au-delà de l'appréciation et des raisons de ce changement, il est donc clair qu'une logique de causalité, au sens cartésien, newtonienne (une pomme tombera toujours de l'arbre parce qu'une loi universelle de gravité l'impose) n'est pas consubstantielle de l'idée de droit ; une expérience de causalité importe autant sinon davantage qu'une causalité *a priori*. Vérifions donc si la prochaine pomme tombe, ou non, de l'arbre, même s'il est très probable qu'elle tombe, cette fois encore : il n'y a pas ou peu de causalité en droit, pas de loi de gravité juridique universelle.

Plus on doute de la causalité impérieuse de la règle, plus une société s'approprie le discours juridique, mais plus elle se juridicise et se juridictionnalise. À l'inverse, moins elle doute, et plus elle respecte, soumise, le droit présenté. Un droit de société libre, d'un État de droit, est donc, paradoxalement, un droit disputé, incertain, fait de contre-pouvoirs, dont le pouvoir judiciaire.

Ce n'est pas la tradition française, qui correspond davantage à une tradition d'obéissance à un droit assimilé au contenu de la loi, comme si de ce contenu pouvait être identifiée son interprétation à venir, du moins jusqu'à la fin du xx^e siècle.

Parce que le droit n'est pas une logique impérieuse, ses règles, qui forment autant de *contenus*, faits de réponses ordonnées à des arguments juridiques discutables, changent tout le temps, en fonction de l'ampleur de ces arguments ou de leur discutabilité (devant le législateur, devant le juge, voire devant l'opinion).

En outre, l'étude de ces contenus ne permet pas de connaître le *contenant* et encore moins l'ensemble du droit par l'addition de tous ces contenus particuliers. Par exemple, aux questions « Qu'est-ce qu'un contrat ? », « Qu'est-ce qu'une clause ? », « Qu'est-ce qu'une clause de non-concurrence ? », ou « Qu'est-ce qu'un divorce ? », « Qu'est-ce qu'une pension alimentaire ? », « Est-ce que les règles de la force majeure en droit des contrats s'appliquent à l'épidémie du Coronavirus ? », etc., on additionnera beaucoup d'arguments différents, de contenus juridiques spécifiques, de manières

de les assembler, dont la connaissance, d'ailleurs, suffit amplement au juriste et au justiciable quoique médiocrement, puisque le droit, en termes de technique, est changeant, mais on n'aura pas résolu la question ni abordé celle du contenant en général, celle du droit, la manière dont ces règles sont produites, leurs sources, leur légitimité, etc.

Le « droit » envisagé dans son troisième sens (V. *supra*, n° 4) de contenant, de méthode d'observation des normes juridiques, permet de faire la distinction entre le contenu et le contenant des normes juridiques, qui permet d'observer la question du processus de formation du droit, la législation, la jurisprudence, mais aussi de poser des méthodes de description du droit, ou des méthodes de la légitimité de la règle, toutes choses qui sont pourtant également dans le droit.

Une autre idée repose sur celle de *jugement*, sur l'idée que le jugement assure la vie du droit, son évolution.

Une autre encore repose sur celle de *pratique* du droit et sur l'existence d'*usages*, la façon de rédiger des contrats par exemple, indépendamment de tout jugement et avec une considération parfois assez lointaine de la règle.

Une autre enfin pourrait insister sur l'idée de *critique* de la règle existante pour des raisons techniques ou au nom d'un idéal ou d'une préférence politique.

15. - Domaine du droit. De même que l'on considère qu'une propriété cesse à ses bornes, on pourrait considérer que le « droit » est borné, c'est-à-dire qu'il existerait un « domaine » du droit, et donc qu'il existerait, au-delà de ses bornes, autre chose que du droit, y compris des normes, alors non juridiques.

Cette question est souvent corrélée avec l'appréhension des « vides juridiques ». Cette idée ou cette sensation, d'une absence de droit, d'un « vide juridique » est une présentation assez traditionnelle et certainement fautive, sauf à considérer le droit comme statique. Par exemple, au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, il y a certainement eu le premier accident d'automobile et un procès s'est alors déroulé, dont nous n'avons pas conservé la mémoire ou la trace. À cette occasion, un observateur extérieur aurait pu dire « il y a un vide juridique », en terme de droit automobile, même chose pour le premier accident d'avion, de fusée, le premier litige Internet, etc. Dans une conception dynamique du droit, en revanche, la question ne se pose pas ainsi : ce premier accident automobile fait suite à des accidents hippomobiles, cyclistes, et les juges ont su, alors, trouver des méthodes de jugement, la loi proposait des solutions, etc. Il y avait donc des éléments d'un « droit des accidents ». Cette présentation peut être réitérée : chaque fois qu'une difficulté juridique nouvelle surgit, on peut trouver sinon une règle juridique pour régir ce cas précis par analogie, du moins un ensemble d'arguments juridiques qui permettront d'adapter une règle, d'engager un procès, de construire un contrat, etc., dans pratiquement toutes les circonstances.

Ce qui permet de déterminer une première situation : ce n'est pas parce que la loi est incomplète, obscure ou absente qu'il y a un *vide juridique*. Le droit est plus grand que la loi et la méthode juridique, faite d'interprétations, permet toujours de remplir ces prétendus vides.

Le droit est une matière évolutive, un discours réfutable, une science ou un art argumentatifs, une science humaine réalisée par et pour les hommes, et non une vérité unique et définitive gravée à tout jamais dans le marbre, et encore moins une réalité photographique. Le droit n'est pas une mécanique : aucun ordinateur ne pourra jamais donner une solution à un problème donné, aucune personne humaine ne peut non plus affirmer péremptoirement dans une situation donnée : le droit, c'est cela. Tout juste peut-il dire, le droit, de mon point de vue et en fonction de tels arguments, *pourrait* ou *devrait* être cela.

Les seules personnes qui disposent d'un tel pouvoir, et encore sur un point donné, sont les juges qui composent une « cour souveraine », celle qui rend une décision contre laquelle aucun recours ne peut être engagé.

16. - L'hypothèse du non-droit, l'« a-droit » et la justification de l'autonomie de l'étude du droit. La question de savoir si le droit est borné peut aussi être envisagée comme associée à l'idée qu'au-delà du droit il pourrait y avoir quelque chose, du « non-droit » selon la formule de Jean Carbonnier dans un article puis dans un ouvrage célèbre, *Flexible droit, pour un droit sans rigueur* (LGDJ, 1998), mais qui ne serait pas du vide. Les quelques remarques liminaires ont permis, déjà, de mesurer que le droit n'est pas seul, qu'il n'est pas isolé telle une forteresse imprenable. Il s'inscrit dans un ensemble plus vaste, composé de personnes, familles, entreprises, cités, États, Unions d'États, monde, dans une histoire particulière, avec chaque fois des enjeux et des acteurs différents.

La morale, la justice, la charité, l'honneur, la politesse connaissent ainsi des règles qui ne sont pas des règles de droit : « le droit est plus petit que les relations entre les hommes », affirmait ainsi Carbonnier et d'ailleurs, on doit pouvoir vivre sans souci en ignorant tout ou presque du droit mais avec un sens élevé de la morale ou du bon sens.

La formule « non-droit » a cependant connu un immense succès, à la dimension de son auteur. On peut se demander si cette considération n'est pas « juridico-centrée », si le « non-droit » n'est pas, par sa connotation négative, identifié à un « antidroit », comme dans l'expression médiatique des « zones de non-droit », d'où une préférence pour la formule « a-droit ». Il existe ainsi des normes qui ne sont pas juridiques, mais qui demeurent des normes, sociales, morales, etc.

Du point de vue du droit, de la technique juridique, la question de l'autonomie du droit se pose cependant à l'égard des règles non juridiques malgré la tendance des juristes à revendiquer une certaine forme de « panjuridisme ». Si en effet, le « non-droit » de Carbonnier ou l'« a-droit », révèlent des normes, religieuses, sociales, morales, etc., alors on doit pouvoir identifier des hypothèses de « moindre droit », voire de « non-droit » pour certains cas bien précis. Non qu'il s'agisse de réfuter la proposition précédente selon laquelle il n'y a pas de « vide juridique », mais simplement de considérer que pour autant, le droit n'est pas tout et que là où le droit peut être, ou est, il n'est pas nécessairement appliqué, de manière volontaire ou subie. Du point de vue étatique, il n'y a pas, en France, de « zones de non-droit », où un droit alternatif au droit « ordinaire », un droit de voyous ou de secte, aurait vocation à s'appliquer, mais des zones où pour toutes sortes de raisons, bonnes ou mauvaises, les autorités en charge de faire appliquer les règles juridiques n'y parviennent pas, ou pas totalement, ce qui pose le problème de l'application ou de l'efficacité des règles de droit. Plus ordinairement, d'autres exemples illustrent cette situation. Par exemple, si un policier peut effectuer une perquisition chez quiconque entre 6 heures et 22 heures, cette possibilité est limitée à quelques hypothèses et conditions particulières (flagrant délit, affaire de drogue ou de terrorisme, etc.). De même, le bailleur impayé peut chercher à expulser son locataire sauf pendant la période hivernale, on peut renoncer à un droit en l'ignorant, etc. Pendant longtemps, la loi (pas le droit) ignorait explicitement le concubinage et l'on pouvait, rapidement, dire que le concubinage s'inscrivait dans le non-droit. Ainsi Bonaparte aurait dit, pour justifier la seule régulation des rapports de mariage : « puisque les concubins se désintéressent du droit, le droit doit se désintéresser d'eux ». On identifierait alors une sorte de « non-droit du mariage », que la formule « union libre » semble d'ailleurs traduire, mais ce n'est qu'une illusion, d'ailleurs légalement constatée depuis 1999 (C. civ., art. 515-5) : le concubinage préexistait à sa reconnaissance juridique, et sa reconnaissance juridique préexistait à sa reconnaissance légale. En revanche, si on sort de la considération du droit du point de vue du droit étatique, on doit pouvoir identifier des ordres juridiques alternatifs, valides ou non d'ailleurs, du point de vue du droit étatique : les usages d'une association, religieuse par exemple, les usages d'une institution, l'armée, la justice, la médecine, l'université, le « sport », mais encore

la « loi des voyous ». Autre est la question de savoir si ces ordres juridiques sont compatibles avec le droit étatique : à ses institutions de faire respecter son droit.

Si, cependant, des règles juridiques coexistent avec des règles non juridiques, se pose alors une question, qui ne sera pas ici résolue, qui consiste à savoir si, au fond, la norme juridique n'est pas tout simplement soluble dans les normes sociales (J.-G. Belley [ss dir.], *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, coll. « Droit et société », 1996), dans la psychologie, la sociologie ou l'économie. Cette prétention du droit et des juristes à se considérer comme les « prêtres de la norme » n'est-elle pas une vaste usurpation ? Un procès, une solution jurisprudentielle, une règle de droit ne sont-ils pas insignifiants face à toutes les hypothèses qui ne sont pas juridiquement traitées ? Par exemple pour un arrêt de cassation, combien y a-t-il eu d'actions en justice qui ont donné lieu à un procès mais sans pourvoi en cassation et, pour toutes ces actions en justice combien de situations litigieuses ont-elles été résolues par d'autres moyens, et pour toutes ces situations litigieuses, combien d'applications harmonieuses de la règle juridique (perçue ou non comme telle) ? Admettons que le rapport soit de un pour un million, un arrêt de la Cour de cassation, pour un million d'applications harmonieuses, la situation juridique serait donc totalement irréaliste, irrationnelle ; mieux vaut s'occuper, en sociologue, du million de situations, laissant les juristes s'amuser avec leur arrêt de cassation. C'est oublier que ce million de situations se pose en fonction de la situation juridique claire, de la règle, de la sanction ou de la potentialité de sanction, examinée sous forme morale (crainte de l'interdit), juridique (crainte de la sanction), sous forme sociale (admission ou résistance à la règle), sous forme économique (appréciation du risque comparé aux bénéfices à retirer et donc de l'efficacité de la règle), etc., et donc au final sinon une prééminence, du moins un horizon juridique clair (en principe) qui légitime l'étude du droit, en tant que tel ou avec les autres sciences humaines, mais bien en tant que tel.

On peut respirer : alors, l'étude du droit en tant que telle n'est pas inutile bien que d'autres sciences, la sociologie et l'économie notamment, aient tendance à entamer des positions autrefois prises par les juristes, sans doute en raison du recul de la réflexion juridique au-delà de ses strictes frontières techniques. Nous verrons cependant que le terrain de la philosophie du droit, qui est formé de l'ensemble des réflexions *prescriptives* sur le droit, ou la théorie du droit, les explications *descriptives* du droit, dont toutes les variétés ne pourront être visitées, proposent une telle réflexion.

Cela étant, la justification de l'autonomie de l'étude du droit n'implique pas que le droit soit considéré comme « supérieur » aux autres sciences humaines, ni que les juristes puissent se permettre d'ignorer ces dernières. Le droit, dans la mesure où il se présente comme un « système » normatif contraignant et parce qu'il est la chose de l'État, présente une logique systémique complète, cohérente, voire parfaite. On pourrait avoir une conception plus modeste pour considérer que le droit n'est pas une mécanique qui intervient de manière première, comme s'il était un « donné », immanent ou transcendant, et serait ce faisant indifférent à l'évolution de l'histoire, des mœurs, de l'économie, etc., mais au contraire est second, en tant qu'il propose un certain nombre d'outils, expérimentés ou à expérimenter, pour résoudre des conflits proposés, imposés ou renouvelés du fait de ces évolutions. Cette seconde considération invite alors à la prise en compte des diverses dimensions des sciences humaines pour aborder les problèmes juridiques.

À bien des égards, alors, les juristes ne résolvent qu'apparemment des problèmes de droit, mais en réalité des problèmes extérieurs au droit, mais par le droit.

De manière voisine, la question de l'autonomie du droit, conçu comme une technique, se pose face au droit, pris comme synonyme de Justice. L'opposition entre droit et Justice est l'objet de débats pris en termes de philosophie pour s'intéresser aux

réponses à donner à des questions générales ou particulières (« Quel est le meilleur gouvernement pour les hommes ? », « Faut-il limiter les pouvoirs des associés des sociétés cotées ? », « Peut-on expulser un locataire impécunieux ? », etc.). Pratiquement toutes les questions de droit imposent un débat pris en termes de « justice ». Or, la distinction, ou l'assimilation du droit, pris comme technique, à la Justice ou à la Morale, prises comme idéaux, est une question considérable dont dépendent des considérations sur les fondements du droit (V. *infra*, n^{os} 43 et s.). Or, la confusion entre droit et Justice, très classique et pas seulement dans l'esprit des justiciables, est redoutable : le droit est une technique, et rien de plus.

17. - Extension du domaine du droit. Ces quelques remarques permettent donc de supposer que le « domaine du droit » connaît des limites. Le domaine du droit s'accroît d'ailleurs en fonction de l'étendue des connaissances et des activités humaines. Mais ne confondons pas *droit*, c'est-à-dire *méthode* juridique de régulation des relations humaines et *loi*, *technique* juridique de régulation des relations humaines.

Ainsi, le besoin de droit naît d'une opposition, d'un conflit d'intérêts et si celui-ci se révèle sur un domaine nouveau, alors de nouvelles règles naissent. Ce fut certainement ainsi que les relations sociales se sont développées au début de l'humanité comme elles continuent de se développer dans de nouveaux domaines.

Par ailleurs, le droit se réalise très souvent par la loi et par le procès, mais il existe tout aussi bien sans loi et sans procès, par exemple dans les domaines du droit des affaires, où la pratique contractuelle joue un rôle tout aussi important que les lois gouvernant les contrats, souvent parcellaires, pauvres et parfois inexistantes.

Aussi ne cédera-t-on pas à l'idée moderne et récurrente que le Droit peut tout et qu'il suffit d'une petite (ou d'une grande) loi pour régler les problèmes qui se posent. Trop souvent, la loi est considérée comme une « potion magique » (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 14) qui traduit la confusion entre *droit* et *loi*, laquelle repose sur la conception française du droit établie sur le primat de la loi. Dans les pays de *Common Law*, la situation est exactement inverse, le droit est associé à l'idée de « jurisprudence », c'est-à-dire des décisions des juges.

18. - Inflation du droit ; connaissance du droit. Si le domaine du droit peut ainsi être envisagé, autre est la question du volume du droit applicable à un moment donné en un lieu déterminé. Le *volume du droit* est énorme. On ne sait pas véritablement combien de textes législatifs ou réglementaires existent et sont applicables en France : 200 000, 300 000 ? Il y aurait près de 3 000 lois, 25 000 décrets, 7 000 conventions internationales, 4 000 règlements ou directives européens. En outre, si on considère que par « droit » on entend, s'agissant des normes juridiques applicables, les lois, les décisions de jurisprudence, les usages, les coutumes, de droit français, européen ou international, l'ensemble est gigantesque : plus de 20 000 arrêts de la Cour de cassation par an, près de 10 000 du Conseil d'État, 200 décisions du Conseil constitutionnel, 300 de la Cour de justice de l'Union européenne, 1 500 de la Cour européenne des droits de l'homme, l'ensemble est considérable.

L'incertitude, si incertitude il y a, est assez déplorable, elle l'est encore davantage si l'on songe que l'on ne sait pas véritablement combien de textes pénalement sanctionnés sont applicables en France. Pauvre justiciable ! Parfois, dans certains domaines du droit, ce volume est connu et fait frémir ; que l'on songe au Code général des impôts, au Code du travail, qui sont des montagnes de droit.

Cet accroissement participe d'une *inflation des lois* souvent dénoncée et parfois combattue par des « lois de simplification du droit » (cf. L. n^o 2019-1332, 11 déc. 2019, *tendant à améliorer la lisibilité du droit par l'abrogation de lois obsolètes* qui abroge des lois déjà abrogées).

Il faudrait ainsi ne légiférer que du bout des doigts, comme Portalis et Montesquieu l'affirmaient il y a deux cents ans : le constat de l'inflation de la consommation du

droit est patent, mais l'inflation du droit en est-elle la conséquence nécessaire ? Rien n'est moins sûr. La critique de l'inflation des lois supposerait, en premier que soit défini un élément de comparaison entre le droit tel qu'il existe et dont les règles seraient surabondantes et un droit d'autrefois où il aurait été suffisant. La critique supposerait, si les choses empiraient véritablement, que la situation antérieure ait été meilleure autrefois, ce qu'on ne peut affirmer avec certitude, qu'il y aurait un *progrès* du droit, indexé sur les progrès de la science, les progrès humains, qu'il y ait donc un tel progrès inéluctable, pratiquement infini.

Tout cela militerait en faveur d'une observation de l'hypothèse d'un *déclin du droit*, du droit français s'entend. On assiste incontestablement à un déclin de l'influence du droit français dans le monde, comme on assiste à un déclin de l'influence de la France dans le monde. Ce n'est pas nouveau, mais est-ce en relation avec un déclin du droit ? C'est une question extrêmement complexe (V. *infra*, n° 70), en lien avec la question dite « de l'évolution du droit ». Or sur le premier point la comparaison est difficile. Il y aurait eu, ainsi, à lire ou à comprendre certains écrits déplorant le déclin du droit, un « Âge d'or du droit », impossible à identifier. Au contraire, tout le monde s'est toujours plaint de son droit contemporain : trop de lois, pas assez, un droit trop libéral, ou insuffisamment, un droit trop rigide ou trop souple, etc. Enfin, sur le second point, nous verrons tout au long de cet ouvrage que l'interrogation sur le progrès ou sur le déclin du droit est permanente (V. *infra*, n° 70) et repose sur un autre registre, celui de la légitimité des règles de droit.

À moins que ce déclin du droit ne porte pas sur la technique juridique (les lois seraient moins efficaces, moins belles qu'autrefois) mais sur l'emprise du droit dans la société. Là encore, on ne peut qu'être dubitatif : le droit n'a jamais, au contraire, été plus important, que ce soit sur le terrain de la législation ou de la technique de résolution des litiges, aujourd'hui beaucoup plus complexe avec l'accroissement des droits fondamentaux et les méthodes de protection de ces droits fondamentaux.

Par conséquent, il est bien évident que la connaissance du droit, même par le plus formidable des juristes est impossible. Même un spécialiste pointu d'une matière donnée ignore la totalité de ce droit. Cette connaissance est d'ailleurs inutile. Ce qui importe, c'est la connaissance de la méthode d'apprentissage du droit, des méthodes de connaissance du droit. Très souvent, les étudiants de première année se demandent s'il faut apprendre le Code civil par cœur pour être un bon juriste ou posent une question à leur professeur de droit civil sur une question très technique qui les tarade et sont surpris de la réponse dans les deux cas. Bien entendu qu'il ne faut pas apprendre le Code civil ni aucune règle, d'ailleurs elles changent tout le temps, soit que la loi change soit, plus souvent, que son interprétation change.

§ 2. - DÉTERMINATION DE LA RÈGLE DE DROIT

19. - Critère de la juridicité des normes. L'une des difficultés récurrentes de la définition du droit repose sur celle consistant, d'une part, à repérer les *phénomènes juridiques* et à identifier les *critères de la juridicité* des normes présumées juridiques.

S'agissant des *phénomènes juridiques*, deux aspects peuvent être séparés. Une conception philosophique de la question renvoie à la pensée établie en termes de *phénoménologie*, notamment chez un certain nombre d'auteurs comme Husserl, le fondateur du courant, ou Alexandre Kojève (*Essai d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1943), ou encore Paul Amselk (*Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, *Cheminelements philosophiques*, Armand Colin, 2012), qui consiste à rénover la considération des *objets de droit* comme des réalités, des essences, et ce indépendamment des théories, des méthodes de pensées de celles-ci,

par l'expérimentation donc, une forme de remise en valeur de la méthode aristotélicienne, par une conception ontologique (le droit tel qu'il est), contre Platon et une conception idéologique ou déontologique (le droit tel qu'il devrait ou pourrait être).

Une conception plus terre à terre y décèle des situations juridiques hypothétiques. Par exemple lorsque le Code civil pose la règle selon laquelle un contrat est annulable lorsqu'il est affecté d'une erreur ou d'un dol, il n'en résulte pas que tous les contrats conclus ne sont pas affectés d'une erreur ou d'un dol, ni que si une erreur ou un dol sont repérés, le contrat est, automatiquement, nul. Bien des contrats *viciés* sont conclus, exécutés, et achevés sans qu'aucun des contractants n'ait eu besoin d'obtenir la sanction, par la nullité, de ce contrat. De même un certain nombre de *faits* ont des conséquences juridiques : l'écoulement du temps par exemple, qui permet par exemple de transformer un mineur en majeur le jour de ses dix-huit ans, ou qui permet de mettre en œuvre des mécanismes de prescription, la *détention* d'une chose, qui permet d'identifier un régime de *possession*, lui-même en mesure de déterminer celui de la *propriété*, etc. Tous sont des phénomènes, juridiquement saisis.

Le critère de la juridicité d'une situation est en revanche beaucoup plus délicat à cerner, dans la mesure où tous les « ordres » normatifs, juridiques, moraux, religieux, sociaux, etc., formulent des normes selon une même forme, un commandement ou une règle, présentée sur un mode hypothétique : si tel comportement est, alors, telle solution doit être (V. *infra*, n° 23), l'ensemble organisé autour de la sanction juridique (sur la base d'une méthode d'établissement de la sanction, un procès le plus souvent, et un tarif de sanction, par exemple sur le modèle de la responsabilité pénale ou de la responsabilité civile) et alors même que la sanction n'est pas une spécificité juridique.

La question posée est alors de savoir si une règle est juridique parce qu'elle est juridiquement sanctionnée, ou, au contraire si elle est juridiquement sanctionnée parce qu'elle est juridique.

La différence n'est pas que sémantique.

La première solution s'autorise d'une définition de la norme selon laquelle la règle de droit est une règle *sanctionnée* par l'autorité étatique (cf. Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit* : D. 1986, chron. p. 197). Elle laisse de côté un champ immense de règles, celles qui ne sont pas expressément présentes dans le système juridique (parce que le problème n'avait jamais été posé jusqu'alors, comme le mariage de personnes de même sexe avant la loi de 2013 ou la GPA avant 1990) et qui donc ne sont pas sanctionnées parce que non présentes, ou celles qui sont non sanctionnées par des autorités étatiques ou sanctionnées par des autorités autres qu'étatiques, mais surtout opère un renversement du raisonnement, confondant causes et conséquences. En effet, s'il s'agit de déterminer le critère du juridique, ce ne peut être la sanction, qui dépend de ce critère, qui peut en constituer l'étalon.

La situation pourrait être considérée comme inverse : il s'agit de savoir à partir de quel moment une règle, qui appartient sans doute à plusieurs ordres normatifs ou para-normatifs, est juridique ou surtout prétendument juridique et donc, peut faire l'objet d'une sanction juridique. C'est donc bien parce qu'une telle situation est juridique, plus exactement est reconnue comme juridique au moment où la question de sa sanction éventuelle se pose, qu'elle sera juridiquement sanctionnée. Or cette conception implique que la définition du droit, son existence même, tienne compte de critères permettant de délimiter les frontières du juridique.

20. - Normes juridiques, règles de droit, litiges et procès. Pas plus que la médecine ne se résume à la maladie, la psychologie à la paranoïa ou à l'hystérie, la science politique aux élections, le droit ne se limite aux règles ou aux cas pathologiques.

Il intéresse de manière globale l'organisation des règles de vie en société. Par exemple, en droit des affaires, au-delà des litiges (rupture de contrats, litiges entre associés, etc.), la vie des affaires justifie des règles et des pratiques extra-judiciaires : les règles

de conclusion, de rédaction de contrats, les règles organisant la vie des sociétés, les « faillites », etc., l'ensemble exprimant une vie juridique intense, mais non judiciaire. Dès lors, les règles juridiques interviennent en amont, indépendamment de tout litige où le juriste intervient comme conseil, et en aval, au moment où survient, éventuellement, un litige.

Ces règles juridiques sont elles-mêmes concurrencées par d'autres modes de technique de régulation sociale : tradition, coutume, usages, etc. Ainsi, pour une situation donnée, le cadre familial par exemple, des règles juridiques imposent des comportements, en sanctionnent d'autres : mais seules certaines de ces situations seront portées devant les tribunaux, les autres feront l'objet d'un mode de règlement non judiciaire (transaction, arbitrage, médiation, conciliation...) ou même non juridique (courtoisie, oubli, amour, pardon, honneur).

Ainsi, le droit de la famille est souvent considéré comme rétif au droit, de même que les règles des régimes matrimoniaux. Le droit n'aurait ainsi rien à voir avec l'amour, l'amitié, ce sentiment indescriptible, l'éducation des enfants ou les relations entre mari et femme. Pourtant, la révolution des mœurs qui a accompagné la fin des années 1960 n'a en rien supprimé le droit de la famille, tout au contraire. Il constitue tout à la fois un accompagnement de la vie (les droits et devoirs des époux lus par le maire) et un moyen de régler les litiges, s'ils surviennent. L'exemple du PACS en fournit une illustration : entre les règles, légales, du mariage et celles, nées de la pratique, du concubinage, la question se posait, jusqu'à la loi de 1999, de savoir si un cadre juridique nouveau ne devait pas être ajouté pour organiser les relations homosexuelles, les projets de vie des personnes âgées.

À l'inverse, l'étude du droit sans la question des litiges, et les solutions concrètes rendues par les juges demeure un droit abstrait, un droit hypothétique, où l'on se comporterait *comme si* tous les acteurs juridiques respectaient des règles, elles-mêmes hypothétiques puisque non soumises à l'épreuve de la réalité, de la discussion, du juge.

Le procès, avec les litiges qui l'inspirent et les décisions qu'il emporte, est le moment privilégié de réalisation du droit : c'est à cette occasion que le droit, ensemble de règles générales et abstraites, s'applique de manière réelle aux cas concrets. Il y a alors deux manières de percevoir cette application.

Dans une première conception que l'on pourrait considérer comme *statique* en ce qu'elle considère la norme juridique comme intangible, une certaine distance s'installe entre la pratique du droit et la norme juridique. En effet, un contrat qui insère par exemple une clause particulière discutable (une clause limitative de responsabilité par exemple) *a priori valable* au regard de l'interprétation des règles existant au jour de sa conclusion, peut être ensuite discuté en justice. Le fait que la probabilité que ce contrat crée un litige soit faible, ou forte, n'ôte rien au fait que si ce contrat fait ensuite l'objet d'une interprétation telle que la clause n'est plus valable, elle fragilise la clause de ce contrat (alors même qu'elle était valable au jour de sa conclusion), pour autant que les parties en aient conscience. Inversement, le fait que telle clause soit considérée comme discutable, voire nulle par un arrêt de la Cour de cassation, ne signifie pas qu'elle disparaît *ipso facto* des contrats déjà conclus, ni même qu'elle serait à tout jamais proscrite des contrats à conclure. Les spécialistes de droit des contrats connaissent le cas, fameux, des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats conclus entre professionnels, et notamment dans les contrats *Chronopost* à l'origine de cinq arrêts de cassation, pour une clause toujours présente dans ses contrats (V. *infra*, Varii auctores, *Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif* : RDC 2008, p. 979. – D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons* : D. 2008, chron. 1776). Il ne faut pas confondre en effet la question de l'existence d'un droit, d'une règle et

celle de l'efficacité de la règle de droit, qui dépend de bien des paramètres, comme le niveau de la sanction, la potentialité de sanction, la capacité de résistance du corps social, etc.

Dans une deuxième conception, plus judiciaire et plus *dynamique*, l'application du droit dépend entièrement de l'interprétation qu'en donnera le juge. L'application de la loi est, en effet impossible directement : si je dois 100 € à Pierre, aucune loi ne dispose que « je » dois payer 100 € à « Pierre ». En revanche, une règle de droit impose de respecter ses engagements, d'autres décrivent les moyens de payer une somme d'argent et d'autres encore les procédures à respecter pour obtenir paiement, mais aucune n'assure que si je ne paie pas, je subirais, *automatiquement* et sans intervention d'un tiers, une sanction. L'intérêt de la norme est de poser une règle qui impose de payer ses dettes, une autre de poser un droit d'agir en justice, et de proposer une solution applicable (dois-je payer Pierre ?). Autre chose encore est la réponse à la question « Pierre va-t-il engager une action ? », ce qui dépend de sa combativité, de sa capacité de résilience juridique, du coût de l'action, de son éducation, de sa familiarité avec la chose juridique, l'ensemble établissant un « seuil d'accès au droit » qui n'est pas mesurable qu'en argent. Autre enfin est la question de savoir si le juge décidera, eu égard aux faits présentés et aux règles qu'il interprétera et appliquera, de m'obliger à payer, dans la mesure où s'il dispose d'un droit à agir et défendre ses intérêts, je dispose du même droit inverse. En outre, et comme cela a été critiqué à propos de la première conception, les normes juridiques ne sont pas figées dans le temps, mais évolutives, en fonction de l'interprétation qu'en donnent les juges.

L'ensemble de ces décisions peut alors être envisagé comme un ensemble d'applications concrètes. Mais, pour une raison de connaissance d'un droit incomplet sans les décisions, le phénomène jurisprudentiel, en accomplissant sa mission *d'interprétation* de la norme, même en le limitant au cas concret, pose le problème de la place de la loi et de celle de la jurisprudence dans le système juridique, et donc celui des énoncés législatifs et de leur interprétation.

21. - Droit et niveaux de discours sur le droit. Le terme « droit » emporte trois sens distincts, mais cette triple observation n'est pas suffisante, car elle ne garantit pas que telle situation juridique soit véritablement considérée comme juridique, ce qui emporte à nouveau trois considérations, dès lors qu'on distingue le droit de manière descriptive ou de manière prescriptive. Le droit peut ainsi être conçu comme relevant de différents niveaux, ou niveaux de discours sur le droit.

Ainsi, à un premier niveau existent divers énoncés (législatifs ou jurisprudentiels par exemple) qui constituent (selon les écoles de pensées) des normes juridiques ou des propositions de normes juridiques, et que la théorie du droit désigne comme la *dogmatique juridique*, qui sont confondues, mêlées avec d'autres normes de comportement (non juridiques), morales, sociales, etc. Par exemple la règle qui veut qu'une femme mariée prenne le nom de son époux, est une règle usuellement appliquée, mais il n'est pas certain qu'elle soit juridique. L'ensemble est discuté, par les discours de la doctrine, par les juges, etc. Cet ensemble constitue *le droit* ordinaire, le quotidien des juristes. Notons ici que cette présentation évite un raccourci considérant que le « droit » se réduit à des « lois ».

Dès lors un second niveau vise à proposer des techniques ou des théories explicatives de ce qui relève du droit (des normes juridiques) et de ce qui n'en relève pas. Ce second niveau décrit alors le droit de niveau 1, et se présente ou bien comme un discours *scientifique*, de pure description, ou bien un discours *prescriptif* (disons de philosophie ou de morale), et proposant un sens particulier aux normes de niveau 1. L'une de ces méthodes seulement du niveau 2 est réellement descriptive en ce sens qu'elle rend compte réellement de ce qui, dans le niveau 1, relève des normes juridiques.

La détermination de la « bonne » méthode de description est l'objet d'un troisième niveau de considération du droit visant à affirmer que telle méthode (du niveau 2) doit être utilisée, de façon à assurer la cohérence d'un discours. Pour reprendre l'exemple du nom de la femme mariée (celle-ci doit-elle prendre le nom de son époux ?), les discours de niveau 2 pourraient s'opposer entre l'un considérant qu'aucune règle obligatoire réelle n'impose cette solution, et l'autre affirmant qu'une règle, sociale ou historique, devenue coutume et par là même juridique, imposerait qu'elle soit retenue.

Un discours de niveau 3, du type « seules les normes réellement obligatoires sont juridiques » validerait le fait que la femme mariée peut, mais ne doit pas, prendre le nom de son époux tandis qu'un discours fondé sur l'idée qu'il existerait des règles supérieures (de type du droit naturel, mais alors à identifier et qui pourraient être ainsi formulées « la femme mariée a toujours pris le nom de son mari, donc elle doit l'utiliser ») impliquerait qu'il conviendrait de s'y soumettre.

Il convient en outre de distinguer les discours selon qu'ils s'inscrivent *avant* qu'une solution ait été rendue et *après*. Un discours prescriptif proposera *une solution* avant, tandis qu'un discours descriptif devrait se contenter de proposer des hypothèses d'interprétation. Après qu'une solution définitive ait été rendue, un discours prescriptif louera la solution correspondant à sa prescription et la critiquera à l'inverse, tandis qu'un discours descriptif devrait se contenter de constater la solution (sans s'interdire toutefois de la louer ou de la critiquer, ensuite cf. D. Mainguy, *Qu'est-ce qu'un juriste dans la cité ? Promotion de la « description »*, in *Le juriste dans la cité : Mélanges offerts à P. Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 657).

Ces trois niveaux de discours sont permanents dans les débats juridiques, mais sans être toujours perceptibles, ce qui rend, là encore, très difficile l'approche de ces débats.

D'un point de vue positiviste, on considérerait que le premier niveau (qu'on appellerait dans la théorie du droit un « niveau de discours ») correspond aux deux premiers sens : ce qu'on considère ordinairement comme relevant du droit, les normes juridiques, qu'on appelle aussi le « droit positif » (en tant qu'il est posé, existant).

Un deuxième niveau permet de discriminer les normes juridiques des normes non juridiques et un troisième niveau permet d'indiquer quelle est la méthode scientifiquement adaptée pour décrire les deux premiers.

Or, c'est ici que les propositions se heurtent, se concurrencent, voire se combattent, souvent de manière désordonnée, c'est-à-dire en confondant les « niveaux de discours ».

L'exemple du débat sur le « mariage pour tous » a offert une image assez saisissante de ces différences, que l'on peut rapidement résumer. Au départ, l'article 144 du Code civil disposait (avant la loi *Taubira* de 2013) que « l'homme ou la femme, pour se marier, doivent avoir dix-huit ans révolus ». La question s'est posée de savoir si ce texte permettait, ou non, un mariage entre personnes du même sexe. La difficulté tient à deux contextes. Le premier repose sur le sens du terme « mariage ». La plupart des religions associent « mariage » et « personnes de sexe différent », de même qu'un regard historique sur le droit français du mariage. Une autre considération permet de tirer comme conséquence que l'article 144 se contente de régler la question de l'âge minimal des époux, mais point la question de la différence de sexe comme condition du mariage. On voit là se concurrencer deux propositions normatives (discours de niveau 3) qui pourraient être présentées rapidement ainsi. Le droit français du mariage est issu du droit canonique et le droit canonique impose que le mariage soit l'union de personnes de sexe différent, *donc* le droit positif du mariage *doit être* identique. Une autre présentation pourrait considérer que le terme « mariage » contient, en lui-même, des éléments normatifs, issus d'un regard historique par exemple, imposant une union entre personnes de sexe différent. Ces

deux discours, d'origine distincte (quoique tous deux issus de conception de droit naturel), se présentent comme *prescriptifs*. Toutefois, le discours est généralement présenté en sens inverse : le droit du mariage (discours de premier niveau) suppose l'union de personnes de sexe différent, ce qui implique qu'est juridique le mariage de ce type, et qu'est illégal, parce que non juridique, un mariage de personnes de même sexe (discours de niveau 2), ce qui implique donc que le droit doit ou peut résulter de considérations fondées sur des valeurs (religieuses ou historiques selon les deux précédents exemples, qui sont alors des discours de niveau 3). On peut considérer à l'inverse que l'article 144 se contente d'indiquer l'âge minimal du mariage, sans se prononcer sur le fait que le mariage peut être prononcé entre personnes de sexe différent : l'homme *ou* la femme et non l'homme *et* la femme. Cette proposition suppose alors de considérer que l'interprétation de l'article 144 du Code civil est indéterminée, qu'elle ne répond pas à un discours *prescriptif* et que les discours fondés sur des valeurs n'ont aucune influence juridique sur cette interprétation : le choix dépendra donc du juge (ou du législateur). En 2007, la Cour de cassation décidait pourtant que le mariage est l'union de personnes de sexe différent, ce qui ne permet pas de trancher sur la « performance » de chacun des deux discours, si on admet que le juge aurait parfaitement pu trancher en sens inverse (ce qui aurait créé un débat sur le point de savoir si le juge aurait alors empiété sur les pouvoirs du législateur). En 2012, le projet de loi sur le « mariage pour tous » a été discuté, et les deux discours se sont à nouveau affrontés, enrichis, du côté du discours prescriptif, d'arguments dans les deux sens. Les adversaires du mariage pour tous ont annoncé que la loi ne pouvait être votée dans les conditions d'une loi car elle aurait été anticonstitutionnelle, car il existerait un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », de valeur constitutionnelle, qui imposerait l'hétérosexualité du mariage (peu important ici l'origine technique de ce principe). On voit bien ici qu'est mise en œuvre la présentation *naturaliste* inversée du droit du mariage. Or, ce principe d'hétérosexualité n'a jamais été reconnu par le Conseil constitutionnel. Cette fois le discours prescriptif se présente véritablement pour ce qu'il est : le droit à venir (de niveau 1 permettant le mariage de personnes de même sexe) ne peut pas être adopté selon les formes législatives (il faudrait une révision constitutionnelle), parce qu'il existerait, en germe, mais fermement, un interdit tiré d'un discours fondé sur des valeurs (discours de niveau 2) s'imposant comme techniques de production des normes (discours de niveau 3) et donc que ses zélateurs considèrent qu'un discours fondé sur des valeurs (prescriptif) est une technique efficace pour déterminer les règles de droit : le mariage pour tous est impossible, sauf modification constitutionnelle. À l'inverse, une conception de type positiviste considère que le terme mariage ne présente pas de signification normative autre que celle proposée par la loi ou la jurisprudence. En 2007, la jurisprudence a interprété l'article 144 du Code civil comme imposant une différence de sexe ; il suffit donc de modifier la loi et aucun principe constitutionnel existant ne permet de menacer la validité d'une loi à venir. La suite est connue, la loi a été adoptée, un recours constitutionnel a été engagé, il a été rejeté et la loi est entrée en vigueur : ce principe n'a pas été reconnu et il n'existe pas en droit positif de tel principe. Un discours prescriptif cohérent continue d'ailleurs de considérer que la loi sur le mariage pour tous n'est pas du droit. Mais il atteint vite ses limites : la loi sur le mariage pour tous est bien dans le droit (autre est l'éventuelle critique, de nature morale ou politique de ces règles) de telle manière que ce discours peut être discuté pour sa performance à déterminer les règles de validité du droit. Le discours positiviste consiste précisément à rendre compte du droit (niveau 1), par des méthodes scientifiques (en tant qu'elles ne sont pas fondées sur des valeurs, parce que toutes ces valeurs se concurrencent et sont en outre inconnaissables) permettant cette discrimination (niveau 2) et la méthode scientifiquement correcte

est présentée comme devant être utilisée (discours de niveau 3, qui est, d'ailleurs, nécessairement prescriptif).

Ce sont ces discours (de niveau 2) qui seront présentés au titre de ce qu'on désigne ordinairement comme les *fondements du droit* et qui constituent plus exactement des discours *prescriptifs* concurrents fondés sur des valeurs elles-mêmes concurrentes et souvent irréductibles, dans ce que Max Weber présentait comme une « guerre des Dieux », et les méthodes positivistes ou scientifiques ou encore *descriptives*. Le discours de niveau 3 suppose donc qu'une sélection soit réalisée soit pour déterminer (et imposer) la méthode correcte de discrimination entre ce qui relève du droit et ce qui s'en écarte, entre le droit et l'a-droit, entre les discours prescriptifs et descriptifs.

On peut observer que cet exemple, qui peut être réitéré à l'infini, par exemple à propos de la GPA ou encore de la déchéance de nationalité, met en lumière la concurrence que se livrent les deux discours prescriptif et descriptif, même s'ils ne sont pas sur le même plan. Le discours descriptif se contente de désigner le droit tel qu'il est, de manière axiologiquement neutre, c'est-à-dire indépendamment de toute valeur (indépendamment de toute valeur et notamment des opinions propres des auteurs en la matière, à supposer que ce soit absolument possible) tandis que le discours prescriptif décrit le droit tel qu'il doit être (ce qui devrait supposer, en bonne méthode, que l'on puisse préalablement être en mesure de décrire le droit tel qu'il est). Pour être très honnête avec le lecteur, nous estimons que la description scientifique du droit tel qu'il suppose l'utilisation d'une méthode positiviste et, parmi celles-ci, que c'est la théorie réaliste de l'interprétation (V. *infra*, nos 59, 190, 197) qui nous semble la meilleure technique de description.

Cet exemple illustre également le fait que le droit est fondé sur des règles, des normes juridiques, dont les critères seront établis, mais que ces règles sont en discussion : elles sont en permanence sujettes à interprétation. Or cette interprétation est déterminée par les opinions des uns et des autres. C'est un peu comme la critique d'art : ce livre est-il un bon livre : les critiques offrent leurs opinions, parfois très contrastées. L'interprétation juridique présente cependant cet avantage que l'interprétation normative réelle, l'interprétation *authentique* dans le langage de la théorie du droit, est assurée par un juge qui rend une décision définitive en ce sens qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un recours, c'est-à-dire par une *cour souveraine*. C'est tout l'intérêt du *procès*. On dira donc que l'existence de la norme juridique suppose une considération sur les règles de droit *et* sur le procès et nous tenterons de placer l'ensemble de ces discours dans le bon ordre.

22. - Identification des normes juridiques, « être » et « devoir être », effectivité de la norme. La notion de norme juridique est apparue au *xx^e* siècle pour dépasser le concept de règle, associé à la définition légale simpliste déjà évoquée. Les normes regroupent des règles, pas nécessairement juridiques, en un ensemble plus vaste. Par exemple, en droit du travail, on repère des règles de droit et des normes sociales, des comportements, des pratiques, des usages, etc. Les règles de droit sont les normes juridiques formelles ou réelles, la loi, la jurisprudence. Et elles s'inscrivent dans le concept plus mou de normes, aux frontières poreuses ; les usages, le comportement répété quoiqu'ignoré de la règle de droit, le droit spontané, né de la pratique, s'inscrivent dans le droit, sans être, du moins immédiatement, des règles de droit (comp. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997).

La difficulté repose alors sur une description, si possible scientifique et vérifiable, de ce que sont les normes, non point ce qu'elles devraient ou pourraient être : ce qu'elles sont réellement. Une norme est juridique lorsqu'elle impose une prescription (il est autorisé de faire ceci, il est interdit de faire cela). Une norme juridique se présente comme une formule, une phrase, par exemple dans un article de loi, qui signifie que quelque chose *doit être*. Si une loi indique qu'il est interdit de fumer, alors on ne doit pas fumer : *ne pas fumer* doit être. À l'inverse, le constat que quelqu'un

fume (ou ne fume pas) dans une salle relève de l'être. Ce sont donc deux logiques différentes dont la formulation n'est pas toujours évidente mais qui correspond à des fonctions juridiques distinctes.

Ainsi, la formule selon laquelle « quelqu'un fume » est simplement descriptive d'une réalité, tandis que la formule « il est interdit de fumer » est prescriptive, ou normative. La différence est capitale dès lors qu'on change un peu les termes et que quelqu'un dit, entrant dans une salle et voyant un homme fumer : « on ne doit pas fumer ». Répète-t-il une norme existante qu'il entend faire respecter, ou bien formule-t-il un vœu ? Ce faisant la formule « on ne doit pas fumer » n'est pas une norme, mais une *proposition de norme*. En outre, la norme juridique « il est interdit de fumer », qui repose donc sur un *devoir-être* ne signifie pas que personne ne fume, constat qui relève de l'être. À l'opposé, le constat que personne ne fume ou que quelqu'un (ou tout le monde) fume ne signifie pas qu'il est autorisé de fumer.

La norme et le fait sont en effet des catégories différentes. Un constat, un fait sont susceptibles d'être vérifiés, d'être vrais ou faux : on constate que dans une salle, « on fume » ou « on ne fume pas », que l'eau portée à 100 degrés entre en ébullition, qu'un solide lâché en l'air tombe. À l'inverse, la norme, le *devoir-être*, est insusceptible d'être vraie ou fausse. La norme « il est interdit de fumer » peut être respectée à la lettre, ou ne pas être respectée, à l'occasion ou pas du tout : cela ne change rien à sa qualité de norme ni aux faits, d'ailleurs.

Dans la catégorie des faits, il y a souvent une simple relation de causalité : si A est, *alors* B est. Dans la catégorie des normes, où la relation se présente comme un *devoir-être* : s'il est interdit de fumer, alors on ne doit pas fumer, ce qui ne signifie pas que personne ne fume. Si A est *alors* B doit être, ce qui met en scène les questions d'obéissance, de transgression, de permission, d'oubli, etc., sur un plan individuel, mais également des techniques d'identification et de sanction des interdits, et donc d'efficacité de la norme, sur un plan institutionnel, c'est-à-dire des notions plus larges que la loi. Le droit devient non plus un ensemble d'énoncés juridiques, mais un système de règles de comportement énoncées et appliquées selon des modalités particulières (et souvent propres à une communauté juridique) organisant un ordre et une logique de régulation. Remplaçons d'ailleurs une conception factuelle tangible (on fume ou on ne fume pas) par une conception plus substantielle, une valeur comme la justice ou la morale religieuse par exemple, et on mesure la difficulté : si par exemple telle règle est considérée par certains comme juste, on se retrouve dans une même situation factuelle. Dire que « telle règle est juste » correspond à une situation factuelle pour ceux qui estiment qu'elle est juste. Or, la formule « telle règle est juste » ne relève pas de l'« être » si on admet que la proposition n'est ni vraie ni fausse (tout dépend du référent de justice) mais du « devoir être », et relève donc d'un ordre prescriptif, mais par nécessairement juridique. Mais pour ceux qui estiment qu'elle est juste (et imaginons qu'ils soient la majorité ou l'autorité), la proposition « telle règle est juste » signifie que « telle règle est vraie » et donc, est susceptible d'être vraie ou fausse : on mesure la contradiction entre un fait et sa présentation en un *devoir-être*. Si on admet alors que d'un fait (un fait tangible, quelqu'un fume, ou intangible, comme une valeur), on peut tirer une règle, alors il en résulterait que ce sont les faits qui gouvernent les normes juridiques (et non l'inverse), ce qui ne correspond pas à une société d'État de droit, mais à une société soit d'anarchie soit libertaire, soit idéologique, théocratique voire autoritaire.

On pourrait alors objecter qu'une norme, qui définit un devoir-être et, qui au final, n'est pas (il est interdit de fumer, mais tout le monde fume), pose une difficulté en termes d'*effectivité*.

On pourrait alors dire que seule une norme *effective* est une norme juridique : la norme juridique que personne ne respecte n'existe pas (ou n'existe plus). Cette question est alors à mettre en relation avec la conception *sociologique* des normes,

qui est extérieure à l'analyse juridique. La conception juridique de l'effectivité se résume en effet à son existence et sa validité. Une norme effective serait alors une norme réellement appliquée. En termes juridiques en effet, il faudrait qu'une autorité (souveraine) constate que la norme, du fait de sa non-application, n'existe plus (techniquement, par le constat de l'*abrogation par désuétude* ou par une norme nouvelle qui abrogerait la norme ancienne). Il faudrait surtout disposer des outils permettant de mesurer le taux d'effectivité des normes.

On pourrait aussi considérer qu'une norme n'est effective que si elle est « efficace », au sens économique. Ne serait pas une norme effective une norme qui produirait des conséquences économiques nuisibles, ce qui correspond à certaines conceptions de l'analyse économique du droit.

Trois logiques d'effectivité se concurrencent donc, l'effectivité *juridique*, *sociologique* et *économique* de la norme.

Cette logique de l'*être* et du *devoir-être* est essentielle. Elle se complète par la question de la validité de la norme ou celle de son effectivité *juridique*. D'un point de vue juridique, les normes sont des normes juridiques dès lors qu'elles sont des normes valides : une norme valide est une norme conforme à une norme supérieure (la loi est valide si elle est conforme à la Constitution, qui elle-même, pour être une norme juridique, doit être valide). Cette norme juridique est alors une norme en vigueur, une norme *prescriptive*, ce qui est une formule équivalente de *devoir-être*, et surtout d'*obligatoire*.

La distinction est essentielle pour tenter de discriminer les normes juridiques d'autres normes ou de commandements. Par exemple une norme sociale ou de courtoisie n'est pas *a priori* une norme juridique : le fait de manquer de courtoisie n'est pas juridiquement sanctionné. La différence entre celui qui injurie une personne et celui qui manque de courtoisie est cependant ténue : dans un cas, une norme juridique (l'injure publique est interdite et sanctionnée, d'ailleurs pas de manière absolue mais dans les conditions posées par des règles pénales, de responsabilité civile ou de la presse) définit un modèle de comportement et une sanction potentielle mais point dans l'autre. De même, la distinction entre les commandements et les normes s'effectue sans difficulté. Si une loi, valide, impose de payer une taxe, la prescription qui en résulte est obligatoire. Si un voleur me commande, sous la menace, de lui donner mon argent, je n'en ai pas l'obligation. Dans les deux cas, le fait que je paie ne permet pas de considérer que ce soit dans les deux l'application d'une norme. Le fait que dans le second cas, le taux d'effectivité soit sans doute supérieur au premier n'y change d'ailleurs rien. La norme juridique suppose donc, pour qu'elle soit considérée comme telle, qu'elle soit posée par une autorité investie de ce pouvoir (le législateur, le gouvernement, les juges souverains selon les cas), qu'elle soit effective et qu'elle soit valide.

23. - Méthodes de détermination des normes juridiques. Le droit peut se déterminer de deux (au moins) manières imbriquées.

La première repose sur l'observation des règles de droit, des normes juridiques, pour faire simple. Cet « objet droit » mérite d'être déterminé. Or une première difficulté tient au constat que les juristes ne parviennent pas à s'entendre sur l'objet droit, sur ce qui est recouvert par le concept « droit » (V. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, PU Saint-Louis, Bruxelles, 2005) et qu'on doit bien reconnaître que tout effort de théorisation du droit complique l'observation plutôt qu'elle ne la simplifie ou l'éclaircit.

Pour prendre quelques exemples, la question se pose en termes de sources du droit : la jurisprudence, la coutume, sont-elles du droit, et, en termes de méthode, comment faire du droit, interpréter le droit, etc. Par exemple, si une règle légiférée pose un principe de responsabilité et qu'une décision importante de jurisprudence pose une limite ou une extension à cette règle, dira-t-on que le contenu de ces

deux textes est « du droit » ou seulement l'un des deux ? En outre, une fois qu'on se sera entendu sur ce point, par exemple pour reconnaître que les deux sont des sources de droit, la question se posera de la connaissance de ces règles et de leur articulation. Or, il est évident qu'on ne peut trouver la réponse dans le droit (la dogmatique) lui-même.

Chacune de ces propositions sur le droit, chacun de ces contenus, qui se situent à l'intérieur de « l'objet droit », définit un propos, un *discours sur le droit*, la doctrine juridique (V. *supra*, n° 21) ou des propos d'avocat, l'ensemble formant la *dogmatique juridique*. Par exemple, dire que de l'article 1240 du Code civil découle un principe de généralité de la faute (n'importe quelle faute, volontaire ou non peut être à l'origine d'une obligation de réparation du préjudice qui en découle) ou que, de l'article 242 du Code civil qui indique que le divorce pour faute suppose une violation grave et renouvelée des devoirs des époux, il en résulte que l'adultère est ou non une telle faute, fait partie de cet ensemble, de ce discours sur le droit, à un moment donné. Ce discours sur le droit est un ensemble d'interprétations des règles, de toutes les règles, formé d'un ensemble de propositions de normes juridiques, même (et surtout d'ailleurs) s'ils sont contradictoires : le droit des contrats, le droit des personnes, le droit constitutionnel sont des discours sur le droit des contrats, le droit des personnes ou le droit constitutionnel, et il suffit de comparer différents ouvrages d'auteurs distincts pour se rendre compte que l'appréhension de ce discours peut être très différente, en termes de méthode et en termes de résultat.

Une expérience assez saisissante repose sur la présentation d'un même sujet de thèse à deux doctorants qui réaliseront deux travaux différents, à partir du même objet droit, ou bien de deux affaires voisines, présentées à deux juges différents et qui donnent lieu à des décisions différentes.

Il y a donc une certaine forme de relativité du discours sur le droit qui tient à plusieurs facteurs, la perception de chacune des règles, la façon de les appréhender, de les comprendre, de les expliquer, de les critiquer, l'évolution de ces règles dans l'histoire, leur perception par les justiciables, etc.

L'essentiel de la méthode juridique consiste alors à séparer les interprétations entre ce que Kelsen désigne comme les *interprétations scientifiques*, les opinions, et les *interprétations authentiques*, les décisions qui interprètent les règles et leur donnent un sens applicable, les transformant en normes réelles.

La difficulté consiste à mesurer l'efficacité des discours de niveau 3 (V. *supra*, n° 21). L'une des techniques repose sur le fait de savoir si on considère que le droit est cohérent, complet ou non. La présentation du droit en un système cohérent et complet se fonde sur des logiques de sécurité juridique, de prévisibilité du droit, et détermine des méthodes logiques d'interprétation des normes. Il s'agit de décrire l'essentiel du droit, la très grande majorité des situations juridiques. En général en effet, le système français se fonde sur des lois, dont on peut deviner la signification sans trop de difficulté, en maîtrisant les fondements de l'étude du droit (la connaissance de la discipline, la jurisprudence, etc.), dont l'interprétation par les juges est constante, prévisible. Certes, certaines situations aboutissent à des solutions complexes, imprévisibles, quelques surprises jurisprudentielles sont réservées aux observateurs, mais ce ne sont là que des accidents, et le droit, cohérent et complet, dispose des outils permettant de résorber ces incidents, qui ne remettent pas en cause la cohérence globale du système juridique.

On peut s'intéresser, au contraire, à ces cas particuliers, plus nombreux qu'on voudrait bien le penser si on les additionne, discipline par discipline, et chercher à expliquer comment apparaissent ces situations, comment les expliquer et les considérer, alors qu'ils révèlent l'absence de cohérence et de complétude du système juridique. En effet, ces situations sont souvent les plus emblématiques : nous avons vu le cas du mariage entre personnes de même sexe, mais c'est également le cas de

la gestation pour autrui, du transsexualisme, etc., et de très nombreuses questions en droit des contrats, en droit des biens, etc.

On pourrait alors considérer que ces situations, même si elles sont plus rares, remettent en question l'hypothèse de la cohérence du système juridique en ce sens que les solutions à venir seraient *toujours* prévues. Par conséquent, si au moins une solution sort du cadre d'interprétation, alors c'est tout le système juridique, en tant qu'il serait explicatif, cohérent et parfait, qu'il faudrait présenter différemment.

La cohérence n'est pas un « principe » juridique, présenté comme une règle de droit applicable, mais simplement une valeur, éventuellement à atteindre, au même titre que la Justice.

24. - Méthode(s) descriptive(s) et prescriptive(s), cognitives ou sceptiques.

La première façon de répondre à la question, la façon *descriptive*, correspond à la *théorie positiviste du droit*. Elle cherche à identifier la meilleure manière de rendre compte de ce qu'est le droit. Elle est dominée par plusieurs courants majeurs : celui du normativisme ou de la théorie réaliste de l'interprétation, présentée par ailleurs (V. *infra*, n^{os} 59, 197). Toutes cherchent à considérer le droit tel qu'il est, c'est-à-dire indépendamment de toute valeur (ou plus exactement de tout préjugé). La méthode prescriptive cherche au contraire à définir le droit, dans son entier, ou telle règle particulière telle qu'elle devrait être.

Les deux correspondent également à deux conceptions radicalement différentes du monde en général et du droit en particulier. Ainsi, une conception *optimiste* ou *cognitivist* considère que le droit est connaissable, qu'à telle difficulté un juriste est objectivement capable de déterminer, par référence à des éléments extérieurs au droit, des valeurs notamment, que *la bonne* solution existe et qu'il est capable de la formuler, à l'aide des différents outils de la logique juridique. Dès lors, le droit est affaire de *connaissance*, et le droit est le résultat de celle-ci.

À l'inverse, une conception *pessimiste* et *sceptique* considère que la connaissance du droit ne garantit pas que l'on puisse en tirer comme conséquence que les solutions sont connaissables, parce qu'elles sont, au contraire, le résultat d'une volonté et que les volontés ne sont pas, par définition, prédictibles ou connaissables.

25. - Normes juridiques et sources des normes juridiques. La question des sources du droit est souvent présentée comme première, d'une part, et particulièrement technique, d'autre part, ce qui justifie d'ailleurs qu'une partie lui soit consacrée (V. *infra*). La question des « sources du droit » est souvent ambiguë dans la mesure où à un type de sources est souvent associée une norme juridique aux caractères différents des autres. Par exemple la loi, source de droit légal, est distinguée de la jurisprudence, source de droit judiciaire ou des usages sources de droit coutumier. Or nous pensons que cette présentation est erronée en ce qu'elle ne décrit pas efficacement le phénomène juridique et que les « sources de droit » sont éventuellement distinguées, mais qu'elles produisent un seul type de norme, la norme juridique. Plusieurs types de sources sont possibles, la loi, la jurisprudence, la coutume, la doctrine, selon les systèmes juridiques et la question se posera de savoir quels sont ceux qui sont retenus comme sources réelles par le système juridique français. Ainsi, la loi, ou plus exactement les sources légales de normes juridiques, sont les sources les plus importantes, prises en termes d'autorité, voire de légitimité, dans le système juridique français, ne serait-ce que parce qu'elles sont identifiées comme telles dans la Constitution de la V^e République, et qu'elles sont des techniques efficaces permettant de proposer des normes, sur le long terme ou non, d'ampleur, techniques, officielles, connues, etc. La jurisprudence, en revanche, a longtemps souffert de la mauvaise image des juges de l'Ancien Régime. Elle prend toute son ampleur aujourd'hui par la reconnaissance de la fonction d'interprétation du juge. La coutume, enfin, est une source discrète et discutée, alors qu'elle était, sous l'Ancien Régime une source essentielle et qu'elle le demeure, au moins dans

son principe dans les pays de tradition juridique anglo-américaine. La doctrine, enfin, n'est pas une source reconnue en droit français : les auteurs ne disposent pas de l'autorité permettant de formuler des règles de droit, mais simplement de proposer des interprétations, scientifiques, des règles. Nier l'importance de la doctrine, à ce titre, est à peu près aussi vain que d'en surestimer l'importance. Toutes ces sources de normes juridiques se conjuguent, le dernier mot revenant au juge, et nous verrons que c'est cette conjugaison qui fait le mystère et le génie de l'analyse juridique.

§ 3. - CARACTÈRES DE LA NORME JURIDIQUE

26. - Ce sont essentiellement les caractères de la norme juridique et plus concrètement de la règle de droit, sur lesquels sa définition insiste ; ils permettent de distinguer la règle de droit d'autres règles à travers deux caractères principaux ; la règle de droit est impersonnelle et générale (A) et obligatoire (B).

A - La règle de droit est impersonnelle et générale

27. - **Critères de la règle de droit.** Dans la conception française classique de la règle de droit, celle-ci n'est pas faite pour régler des cas particuliers, ce qui s'explique aisément si on assimile la norme juridique, la règle de droit et la loi. La loi est la même pour tous. Toutefois, les normes juridiques sont plus larges que les règles légales, comprenant, au moins, les règles jurisprudentielles : ces critères s'appliquent donc aux règles de droit, en général. La règle de droit, quelle que soit sa source, est la même pour un nombre indéterminé de situations juridiques et s'adresse à cette catégorie indéterminée sans viser quelqu'un en particulier.

Aussi est-elle formulée de manière **générale, abstraite et impersonnelle** ; c'est d'ailleurs une exigence formulée dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », ce qui supposerait de déterminer si la « loi » de l'article 6 renvoie à la loi au sens formel ou aux normes juridiques de manière plus générale. Dans la conception anglaise et plus globalement de *Common Law*, les choses sont plus diverses : aux règles de droit de type général, comme issues des lois (*Act*), coexistent les règles jurisprudentielles, les *précédents*, qui ne sont pas appliqués comme des règles générales (à la différence des normes jurisprudentielles françaises), mais comme des cas particuliers reproductibles par analogie.

On pourrait ajouter que certaines règles sont réservées à des situations de groupes particuliers : la règle sportive, par exemple, ne s'applique qu'à des moments particuliers, dans des conditions particulières et non à tous les pratiquants de tel ou tel sport ; la règle sociale prévalant dans une entreprise ne vaut pas dans une autre ni en dehors, etc.

La règle, générale, vise toutes les personnes pour toute une série de situations *abstraites* comme d'ailleurs les autres règles de vie en société. Parfois une règle de droit a un domaine plus étroit ; elle ne vise que certaines personnes. Par exemple, une règle du droit des sociétés interdit à un président de conseil d'administration de diriger plus de sept conseils d'administration... mais tous les présidents de conseil d'administration sont visés. Par exemple encore, la Constitution offre certaines prérogatives au président de la République, dissoudre l'Assemblée nationale par exemple. Ces règles ne concernent qu'une seule personne, le président de la République ; elles n'en sont pas moins des règles de droit, générales, impersonnelles et abstraites car tous les présidents de la République sont visés par ces règles. Inversement, la prétendue règle qui ne viserait qu'une seule personne serait en réalité une décision, par

exemple les décrets de nomination d'un fonctionnaire ou octroyant une décoration à une personne.

La plupart des exemples utilisés relèvent de la loi qui est, dans la tradition française, le modèle de la norme juridique. Mais le même principe vaut quelles que soient la norme juridique, la coutume ou la norme juridique d'origine jurisprudentielle. Une difficulté toutefois : la norme jurisprudentielle est souvent dite limitée au cas réglé, ce qui serait conforme à la prohibition des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil (à supposer que telle soit la portée de cette règle, V. *infra*, n° 160).

C'est exact si on considère par exemple un arrêt de la Cour de cassation. Celui-ci tranche un litige particulier, qui consiste à faire le procès de l'arrêt d'appel contre lequel un pourvoi en cassation a été formé et met fin à ce litige, en rejetant le pourvoi (dans la majorité des cas) ou bien en entrant en voie de cassation et en censurant cet arrêt d'appel et en renvoyant l'affaire, au fond, devant une nouvelle cour d'appel.

Toutefois, cet arrêt connaît ensuite une nouvelle portée, souvent limitée à la solution de droit, qui d'ailleurs est dans la plupart des cas exprimée sous forme *générale et abstraite* comme le serait d'ailleurs n'importe quelle règle de droit et utilisée, par les juristes, comme telle. D'ailleurs bien des règles jurisprudentielles, récentes ou très anciennes, ont été adoptées alors même que la loi ne prévoyait aucune règle, en dehors de la loi donc, et sont présentées sans qu'on éprouve alors le besoin d'indiquer leur origine. Ces règles, d'origine jurisprudentielle, sont alors placées au même rang que n'importe quelle autre règle.

Une règle est donc générale, ce qui ne signifie pas qu'elle est universelle : une règle peut parfaitement viser une catégorie particulière de personnes ou de situations et point d'autres. Par exemple, les règles du droit de la consommation n'intéressent que les rapports entre professionnels et consommateurs : la protection des consommateurs ne profitera donc pas à un non-consommateur, un professionnel acheteur par exemple.

Parfois, en revanche, une règle de droit a une assiette immense, à tel point d'ailleurs que l'on ne mesure pas ou difficilement son domaine. Par exemple, l'article 1240 (ancien art. 1382 depuis 2016) du Code civil, pour reprendre un exemple déjà utilisé, dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». La règle s'adresse à toutes les hypothèses dans lesquelles une personne aura commis une faute entraînant un dommage : cette personne devra le réparer sans que la loi vise quiconque ou un dommage ou une faute particulière. Pourtant, l'application (l'interprétation) de la règle entraîne la qualification de mille fautes et de mille dommages différents, de la réparation du préjudice matériel du contractant qui croyait pouvoir conclure un contrat avantageux et qui est évincé au dernier moment, au préjudice moral de celui qui a été diffamé, à celui des victimes de contamination par le sida par transfusion sanguine ; du parasitisme commercial à l'espionnage industriel, sous l'égide d'une jurisprudence considérable qui crée autant de règles de droit assurant l'efficacité et le domaine du droit de la responsabilité civile.

La règle de droit ne vise cependant pas nécessairement *toutes* les personnes, mais le plus souvent, un groupe de personnes indéterminées. Par exemple, les règles du mariage ne visent que les candidats au mariage ou les personnes mariées, les règles du droit du travail ne concernent que les relations entre employeurs et salariés.

En outre, cette généralité de la règle de droit suppose qu'elle soit permanente : elle s'applique sans éclipse, il n'y a pas d'intensité particulière, accrue ou décréée en fonction du temps ou des personnes. Toutes les situations juridiques visées par la règle seront également traitées par celle-ci, à partir du moment où elle est *entrée en vigueur*. Cette permanence n'est pas synonyme de perpétuité, d'immutabilité ou d'éternité. Une règle de droit peut parfaitement être modifiée, révisée, voire abrogée par une nouvelle règle de droit.

28. - Particularisme de la règle de droit. On assiste parfois à l'émergence de règles qui paraissent ne viser qu'une personne. On cite fréquemment deux exemples. Le premier tient à la faiblesse du Maréchal Pétain pour son jardinier qui l'aurait incité à admettre en 1942 (l'année de la « Rafle du Vél'd'hiv' ») le principe de la légitimation d'un enfant adultérin. De même, la situation d'une femme enceinte dont le fiancé fut victime de la catastrophe du barrage de Malpasset, près de Fréjus, est à l'origine de l'institution du mariage posthume. Ces deux exemples sont extrêmes, mais, à bien y regarder, toutes les lois correspondent à une réponse à une demande particulière, qu'elles viennent de la considération d'une personne ou d'un groupe.

Il demeure que ces règles sont des règles impersonnelles et générales. Toutes les personnes répondant aux conditions de la loi sont susceptibles de légitimer un enfant adultérin ou de consentir à un mariage posthume.

Il reste que de nombreuses institutions qui étaient autrefois uniformes sont aujourd'hui l'objet de quantité de régimes spéciaux. Ainsi, le contrat de vente est subdivisé en presque autant de contrats qu'il y a d'objets spécifiques ou de situations particulières à ces contrats : vente immobilière, vente mobilière, distinguant la vente de biens meubles corporels et la vente de biens meubles incorporels, nommée cession (cession de droits sociaux, de créances, de brevets, de marques...), vente à la consommation, vente internationale, vente par démarchage, vente au déballage, vente d'immeubles à construire. Mesurons cette critique. La règle est toujours générale, pour l'essentiel. Pourtant, dans certaines situations, de plus en plus nombreuses, la règle n'est plus aussi générale mais, au contraire, réservée à tel ou tel groupe.

29. - Droit instrument et droit instrumentalisé. Le droit devient dans certains domaines un instrument de politique fiscale, sociale, économique, en une *conception instrumentale du droit*.

Le droit fiscal, par exemple, développe depuis longtemps une double fonction. Le droit fiscal a vocation à rassembler les moyens budgétaires d'un État, par l'impôt. Il tend à favoriser ou à encourager telle ou telle activité, par des mesures fiscales plus ou moins favorables ou de mesures de redistribution : telle règle favorise l'acquisition de véhicules neufs, diesel, électrique, à essence selon les époques ; les allocations familiales sont destinées à favoriser la natalité ; la baisse ou la hausse de la taxe sur la valeur ajoutée ou de l'impôt sur les sociétés servira à favoriser la « relance » de la consommation.

Pour les critiques de ces règles, la règle de droit ne change alors pas de nature, mais elle change de fonction. La critique de l'inflation législative y trouve son principal terreau, le droit devient mouvant, obscur, technique, pointilliste, il devient l'objet de politiques publiques, la politique culturelle, d'éducation, économique ou sociale ou autre, tandis que le droit serait une tout autre chose, c'est d'abord l'ensemble des règles de la vie de tous les jours, des personnes, de la famille, des biens et des relations sociales, des contrats, des affaires.

Mais d'un autre côté, ces règles sont essentiellement le fait de lois nouvelles et le droit ne se limite en rien à la loi et tout spécialement à ces lois techniques.

30. - À quoi servent les lois ? (cf. J.-M. Pontier, *À quoi servent les lois ?* : D. 2000, chron. p. 57). « Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées » remarquait Descartes en une formule qui n'a pas pris une ride et que le législateur moderne devrait méditer, considèrent les moralistes. Le problème est moins de savoir « à quoi servent les lois » que « à quoi servent les normes », d'autant que, à supposer que Descartes ait raison, l'hypothèse du faible nombre de lois implique, en retour, un très grand nombre de décisions d'interprétation de ces lois, et donc un droit d'origine jurisprudentielle, tant on pourrait effectivement réduire le nombre des lois, au sens formel, mais pas celui des normes, qui dépend du besoin de droit des citoyens. Les droits anglais ou américain

par exemple, connaissent peu de lois (disons moins de lois) mais un ensemble de règles jurisprudentielles très difficiles à saisir.

La loi, telle qu'elle apparaît en principe, est la référence normative en droit français, du fait de sa tradition et de ce fait un terme souvent synonyme de « droit ».

Une conception autocratique, pour ne pas dire totalitaire, des lois, impliquerait que celles-ci soient appliquées à la lettre (et donc qu'elles soient parfaitement claires, complètes et traitent de tous les cas possibles, ce qui est évidemment utopique), alors qu'une conception née d'un État de droit considère au contraire que les lois sont le support des interprétations, à la fois des normes supérieures qui permettent de garantir la validité des lois, et des lois elles-mêmes.

Or, on observe que des lois ne sont pas ou mal appliquées selon des critères extra-juridiques : longtemps, il suffisait de contempler nos contemporains qui fumaient ostensiblement dans les lieux publics en dépit de la loi *Évin* du 10 janvier 1991 et qui, d'un coup, se sont mis dans la situation de respecter la loi, les passagers qui téléphonent dans le train sous le panneau d'interdiction et qui donnent ainsi une piètre image de l'idée de respect de la règle de droit, ou encore de façon plus technique, de la loi du 19 juillet 1909 sur la constitution de biens de famille insaisissables qui aurait permis de soustraire certains biens de l'assiette de la saisie des créanciers, jamais appliquée. Mais le phénomène est plus complexe : certaines lois sont appliquées avant d'exister. Ce fut le cas du divorce avant la loi de 1975 où les époux qui le souhaitaient entamaient un « faux » divorce pour faute, ou de l'avortement d'avant la loi de 1975. On est même certain, au moment où elles sont votées, que certaines lois ne seront pas appliquées ou ne pourront pas l'être : l'exemple de la loi *Évin* revient en force, comme la loi *Toubon* du 4 août 1994 relative à la langue française.

On pourrait alors comparer le rôle et l'utilité respectifs des lois et des autres sources de normes juridiques. Par exemple, la jurisprudence peut être considérée, dans une conception légicentriste, comme une simple application de la loi, parce que seule la loi est votée par les représentants des citoyens alors que les juges ne sont pas élus et nous avons déjà observé que cette présentation ne correspondait pas à la réalité, alors même que, en toutes hypothèses, les normes de type légal ne sont pas toutes « votées » et même celles qui le sont ont été préparées par le gouvernement, et enfin que les juges assurent leur fonction juridictionnelle en application de la loi elle-même dont ils tirent leur légitimité. Celle-ci n'est d'ailleurs pas limitée par l'observation que les cours souveraines disposent, par hypothèse, de la possibilité d'interpréter, librement, les lois, y compris les lois de procédure et donc celles qui posent les principes et limites de leur action.

La comparaison repose plutôt sur l'ampleur de l'œuvre légale ou jurisprudentielle.

La jurisprudence offre des solutions adaptées aux cas concrets, sur la base d'une discussion argumentée devant les juridictions, mais propose des solutions qui, par hypothèse, supposent que des questions soient posées au juge. La jurisprudence propose donc des solutions dispersées et particulièrement longues à émerger (il faut pratiquement cinq ans pour que des décisions de la Cour de cassation apparaissent après une loi nouvelle non immédiatement applicable).

À l'inverse, la loi est par hypothèse plus distante mais permet des réformes d'ampleur sur des pans entiers du droit : le Code civil, en 1804, réformait l'ensemble du droit, d'un coup, les différentes réformes législatives assurent une modification de même nature, rapide et complète. Il n'y a donc pas véritablement de « concurrence » entre les différentes sources de droit, mais plutôt une forme de complémentarité.

31. - À quoi doivent ressembler les lois, les normes juridiques ? Toute rhétorique légistique est difficile. Portalis s'y essayait dans son discours préliminaire au Code civil.

Un discours, que l'on considérera comme traditionnel, attribue effectivement à la norme juridique, assimilée à la « loi », des qualités qui *devraient* être les siennes. « Qui devraient être », ce qui suppose que ce n'est pas le cas, et qu'il existerait donc un commandement, supérieur, qui décrirait ou imposerait ces qualités, qu'on peine cependant à discerner.

Dans le cadre de ce discours, on formule ainsi quelques qualités que les règles de droit devraient observer. On considérera cependant ces quelques éléments de manière critique puisque, d'une part, aucune règle supérieure ne les impose et qu'ils ne sont donc pas des normes juridiques valides, et qu'en outre, ils sont souvent consubstantiels d'une conception tenant le droit comme un ensemble cohérent et complet. Ces exigences, souvent présentées comme des « principes » généraux du droit, et donc des règles obligatoires s'imposant à tous les juristes, sont en réalité des valeurs, en concurrence entre elles et avec d'autres valeurs.

Une première qualité devrait être la **clarté** ou l'**intelligibilité** (V. Ph. Malaurie, *L'intelligibilité des lois: Pouvoirs* 2005, n° 114) : plus la règle est claire, plus elle est aisément applicable. C'est essentiellement une question de style ; c'est aussi une question de technique juridique. Par exemple, la loi du 19 mai 1998 a transposé en droit français une directive de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. La réception de cette loi n'a guère été enthousiaste, non que la loi soit spécialement plus mal écrite que ses contemporaines, mais en partie parce que la loi utilise des termes peu habituels.

La difficulté tient au fait que l'idée même de « clarté » de la loi est dépendante de son interprétation et de celle des faits qui permettent l'application de la loi. Par exemple, une loi anglaise imposait que les voleurs de valeurs de plus de 2 £ soient condamnés à mort. Voilà qui est très clair, sauf que les juges considéraient que les choses volées étaient de 39 shillings, y compris à l'occasion d'un vol d'un portefeuille contenant un billet de 20 £ (V. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 72) : la loi, claire, n'empêchait pas le juge d'interpréter les faits. La clarté prétendue n'est donc pas synonyme de simplicité et d'exhaustivité.

Une seconde qualité se présenterait en termes de **prévisibilité** de la règle. Il est évident que l'inconnu est inquiétant, surtout quand il s'agit de se soumettre à des règles changeantes. Poser, cependant, la question de la prévisibilité sous la forme d'un « principe » suppose soit que le droit soit figé à une date donnée, y compris les interprétations des normes, soit à nier que le droit change et donc de déterminer, sans le démontrer, qu'il est stable, soit encore à considérer que le droit pourrait être mécanique et donc prévisible. Or, l'une ou l'autre solution sont des fictions : le droit change et s'il est globalement prévisible, y compris les revirements de jurisprudence, la question qui se pose est de déterminer, non point le droit qu'il sera, de manière sûre, mais tel qu'il pourrait être, en fonction des interprétations ou changement que l'on peut deviner ou prévoir. À bien des égards, le droit se présente en deux dimensions : il est en premier le droit qui s'appliquera le jour où un litige sera présenté à des juges (qui peut être identique ou différent du droit applicable au jour de la naissance de cette situation juridique) et il est ce faisant intéressant de mesurer les conditions permettant de prévoir le droit qui sera appliqué le jour où cette question sera posée (cf. O. Holmes, *The path of the Law*, 1897). Or, c'est précisément l'un des enjeux de la théorie du droit que de pouvoir observer les contraintes qui s'exercent sur la liberté du juge pour permettre, au final, de disposer d'un droit prévisible et non anarchique.

Cette dernière qualité se décline souvent en une « exigence » de **sécurité juridique** que la règle doit proposer et de **confiance légitime** que le justiciable devrait pouvoir attendre de la loi (V. *infra*, F. Pollaud-Dulian, *À propos de la sécurité juridique: RTD civ.* 2001, p. 487. – J.-Y. Puissechet, *Vous avez dit confiance légitime ? : Mél. G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 581). Ce principe, cette attente, ont fait une entrée remarquée dans

notre système juridique, s'agissant des revirements de jurisprudence. À propos d'une banale affaire de garantie des vices cachés, un acheteur déçu demandait réparation dans des conditions qui venaient de faire l'objet d'un revirement de jurisprudence défavorable à ses vues : il en appelait aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour faire valoir un tel principe de sécurité juridique propre à lutter contre les mouvements jurisprudentiels. Or, la Cour de cassation a affirmé qu'un tel principe de sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée relevant de l'office du juge dans l'application des lois » (Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000 : *D.* 2000, p. 593, note Ch. Atias ; *RTD civ.* 2000, p. 593, obs. P.-Y. Gautier, p. 666, obs. N. Molfessis. – Comp. Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, 2 arrêts : *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 22, obs. L. Leveneur, à propos de l'obligation d'information du médecin, sévèrement sanctionnée alors que les faits étaient antérieurs de plus de vingt ans à l'arrêt [de 1997] ayant accru le contenu de cette obligation). Le principe est donc bien celui de la possible évolution de la règle jurisprudentielle, et le contraire eût d'ailleurs été surprenant. L'intérêt de cette décision ne réside certainement pas dans l'admission du mouvement, mais dans l'idée que la sécurité juridique repose moins sur l'immobilisme que dans l'imprévisibilité du mouvement et dans la considération des effets de celui-ci. C'est typiquement une thèse réaliste. Ce ne sont pas les revirements de jurisprudence qui sont de nature à trahir cette confiance légitime et par là même ce principe de sécurité juridique, mais leur caractère imprévisible et l'imprévisibilité des suites du revirement, alors considéré comme une nouvelle norme, pour les autres situations juridiques. C'est alors moins la source du problème lui-même, le revirement de jurisprudence dont on peut supposer qu'il répond à des considérations argumentatives ou sociales nouvelles, que ses effets et la portée des revirements de jurisprudence, qu'il faudrait traiter, dans le sens par exemple que prônait Mouly (*V. infra*, C. Mouly, *Les revirements pour l'avenir* : *JCP G* 1994, I, 3376. – Th. Bonneau, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement* : *D.* 1994, p. 24. Comp. H. Batiffol, *Les revirements de jurisprudence* : *Arch. phil. dr.* 1967, 335. – P. Voirin, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences* : *JCP* 1959, I, 1467) : considérer que les revirements de jurisprudence ne valent que pour l'avenir, ce qui suppose soit une intervention particulière, par exemple en termes d'application immédiate du revirement, soit d'observer que la jurisprudence est *créative* de droit et que s'appliquent, à la norme jurisprudentielle, les règles ordinaires de l'entrée en vigueur des normes (*V. infra*, n° 200).

Observons alors qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 avr. 1979, série A, n° 30, § 47, *Sunday Times c/ Royaume Uni*), rejoint de manière plus décisive par une décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999, a reconnu la valeur constitutionnelle des exigences de sécurité juridique à travers celles d'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi (Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 : *JO* 16 déc. 1999, p. 19041 ; *RTD civ.* 2000, p. 186. – M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation* : *D.* 2000, chron. p. 361), formule régulièrement répétée depuis pour considérer le caractère constitutionnel ou non d'une loi.

Enfin, la règle de droit devrait être **efficace** : c'est bien la moindre des choses que l'on peut attendre de la règle de droit où les autres critères se rassemblent, mais là encore, cela relève du vœu, point des qualités décrites, réelles, de la norme : ce sont les hommes qui rendent efficaces les règles de droit, ce n'est point une qualité intrinsèque de celle-ci.

On peut alors se demander si la règle doit être **belle** (*V. infra*, Ph. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts* : *RTD civ.* 1979, p. 481). C'est apparemment inutile quoique l'efficacité, la clarté ne sont pas ennemis du beau ; tout au contraire, la forme est au service du fond. « Il existe un art de légiférer et une esthétique des lois » qui empruntent à « la beauté linguistique qui englobe non

seulement l'art du mot mais le génie de l'ordonnement » écrit ainsi Gérard Cornu (*Présentation*, in *Droit et esthétique : Arch. phil. dr.* 1996, t. 40, p. 9). Quelques règles frisent la poésie, comme ces articles du Code civil qui, tels des vers de Prévert, soufflent un vent bucolique en définissant les immeubles par nature ou par destination (V. *infra*, n° 238) : l'article 519 du Code civil énumère ainsi les « moulins à eau, fixés sur piliers », l'article 520 évoque les « récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres [... les] grains coupés et les fruits détachés », l'article 524, surtout, vise les « animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires, les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des eaux ». On se plaît, d'une façon générale, à souligner l'élégance du verbe du Code civil, moins exact pour sa fin, plus technique. De façon moins remarquée, quelques traits du Code civil peuvent surprendre. Il en est ainsi d'un parallélisme numérique étonnant. Les textes du Code civil, dans sa version de 1804 tout au moins, traitant par exemple du transfert de propriété sont les articles 1138 pour les obligations en général et 938 pour les donations, voire l'article 1238 en matière de paiement, mais l'article 1583 pour la vente et l'article 711 pour les successions rompent ce charme. Plus probant, les articles qui offrent des définitions s'achèvent souvent par le chiffre « 2 » : l'article 1582 pour la vente, 1702 pour l'échange, 1832 pour la société, 1832 pour le prêt de consommation, 2072 pour le nantissement, même si le bail est défini aux articles 1709 et 1710 du Code civil. Enfin, s'agissant des dispositions concernant les choses hors commerce on est frappé par le fait que tous ces articles se terminent par « 8 » : l'article 1128 pour les obligations en général, 1538 pour la vente, 1878 pour le prêt et le panel s'élargit aux articles 1918 pour le dépôt, 1988 pour le mandat et 2048 pour le nantissement, ces derniers textes intéressant l'objet de ces contrats. Est-ce une coïncidence, une technique mnémotechnique ou tout simplement une recherche de l'élégance (V. *infra*, comp. S. Becqué-Ickowitz, *Le parallélisme des formes*, thèse Paris II, 2002) ? Ma tendance naturelle à l'optimisme penche pour la dernière version. On est bien loin, en tout état de cause, des technocratiques codes nouveaux séparés en parties législatives et réglementaires où les articles s'enchaînent mécaniquement en suites alphanumériques comme tel article L. 464-6-2 du Code de commerce : le « L » signale qu'il s'agit d'un texte de la loi, le 1, qu'il s'inscrit dans le livre 1, le 2 du titre 1, le second 2 du chapitre 2 et suivent les subdivisions.

B - La règle de droit est obligatoire

32. - Force normative et notion de sanction. La règle de droit est obligatoire. Voilà bien une prétention non démontrée ou difficilement démontrable, sinon par l'observation de la force obligatoire de la règle, ou bien de la force normative (V. *infra*, C. Thibierge, *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009), qui supposerait d'envisager les normes de manière globale, les normes immédiatement juridiques, les normes éthiques (les décisions ou les recommandations d'un comité d'éthique), les normes morales (les règles religieuses, les règles d'un groupe), les normes sociales, les normes techniques (les recommandations européennes en matière de concurrence), les normes professionnelles (les codes de bonne conduite, les contrats-types).

On admet par une nouvelle tautologie que les règles sont obligatoires parce qu'elles s'imposent à tous ou à certains, assurés par une *sanction* quelles que soient ces sanctions, explicites ou implicites. C'est d'ailleurs l'un des éléments constants de la définition traditionnelle du droit et de ce que l'on pourrait appeler la juridicité : *une règle est juridique parce qu'elle est sanctionnée*. Il suffit donc d'isoler les types de sanctions juridiques pour distinguer les règles de droit des autres règles. Proposition que l'on peut parfaitement retourner : *une règle est sanctionnée parce qu'elle est juridique* : il faut, ici, isoler les critères du juridique pour repérer ce qui peut être sanctionné, solution autrement plus difficile (V. *supra*, n° 19).

Toutes les règles connaissent, en général, ce que Philippe Jestaz appelle « un tarif virtuellement appliqué par un juge » (*La sanction ou l'inconnue du droit* : D. 1986, chron. p. 197) et que les économistes du droit nomment un « prix ». Elles sont en effet, très variées : directes comme la peine de prison, la plus médiatique, l'annulation, la responsabilité, la réparation, la prévention, la précaution, l'exécution forcée, l'inopposabilité, la déchéance, la forclusion, l'interdiction, l'injonction, etc., ou plus indirectes comme la saisie, la vente forcée, le contrat forcé. Pareilles sanctions représentent le *pouvoir de contrainte* reconnu par la société à une institution ou à des personnes pour faire reconnaître ou respecter une règle de droit. Elles apparaissent aussi de façon plus diffuse comme un effet juridique posé par une règle de droit et attaché au respect de certaines conditions. Par exemple, si une personne conclut un contrat de bail sur un immeuble et se marie ensuite, son conjoint devient cotitulaire du bail. C'est un effet automatique et une sanction directe n'interviendra que dans le cas où le bailleur le contesterait.

Lorsqu'une règle juridique est affectée d'une sanction, cette sanction peut frapper les personnes : obligation de subir une peine au sens pénal du terme, d'indemniser c'est-à-dire l'obligation de réparer le préjudice causé par sa faute, ou l'exécution forcée d'un contrat.

Elle peut également frapper les actes conclus par les personnes ; ceux-ci pourront être annulés ou résolus. Par exemple, la bigamie est interdite en droit français ; aussi le deuxième mariage sera annulé et le bigame poursuivi. De même, tout contrat doit être conclu avec un contenu licite ; à défaut, il pourra être annulé.

Les règles de droit sont, en outre, sanctionnées par un tiers impartial, le juge ; c'est là leur principale différence avec les règles morales ou religieuses, notamment.

Obligatoire, la règle de droit peut se présenter de différentes façons : elle peut imposer un comportement, une action ou une abstention.

Ainsi, il peut s'agir d'une *prescription* sous la forme d'une obligation d'agir ou d'un interdit : l'obligation de porter secours à autrui déduite de la sanction de la non-assistance à personne en danger ou l'obligation faite au vendeur professionnel de renseigner un acheteur consommateur, hypothèses heureusement rares et portant sur des domaines importants car en contradiction avec la liberté individuelle. Le plus souvent la règle se manifeste par une *interdiction*, par exemple ne pas voler le bien d'autrui. Par exemple, la règle prévue par l'article 205 du Code civil prévoit que les enfants doivent des aliments à leurs père et mère qui sont dans le besoin, l'article 1240 du Code civil dispose que si une personne crée, par son fait, un préjudice à une autre, elle devra le réparer. De même l'article 221-1 du Code pénal dispose que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ». La règle de droit peut aussi *reconnaître un droit* aux individus, par exemple le droit de protéger son image ou sa vie privée, le droit à la vie, le droit de se marier à dix-huit ans (parfois avant), le droit de propriété, le droit de grève... ; ou une liberté, la liberté d'expression, la liberté syndicale, la liberté contractuelle, la liberté de tester, d'ester en justice. Enfin, ces exemples présentent la logique d'imputation de manière différenciée. Une chose est de présenter une règle sous forme de tout ou rien. Une donation est valable si elle est constatée par un acte authentique. Une autre est d'interdire un comportement, une troisième d'habiliter un acte ou un comportement. Une autre enfin de *permettre quelque chose*. Si une norme permet de faire quelque chose, est-ce une norme ? Chacun peut agir ou ne pas agir, de sorte qu'il n'est pas possible de vérifier que la proposition est vraie ou fausse. Ces règles sont parfois difficiles à distinguer des règles sociales. Par exemple, existe-t-il un droit à la paresse ? Je peux être paresseux (pour autant que cela ne nuise pas à autrui), *j'ai donc le droit d'être paresseux* : la liberté d'être paresseux serait donc une norme. Cela supposerait cependant que je puisse trouver un juge pour sanctionner ce droit et donc cette

norme. Puis-je aller et venir comme je l'entends ? C'est une norme juridique, si un juge peut valider ce droit.

En outre, toutes les normes ne présentent pas une logique d'imputation immédiate, toutes ne s'inscrivent pas dans la présentation du « tout ou rien ». Si une personne commet une faute préjudiciable, elle devra réparer ses conséquences, indique l'article 1240 du Code civil. Mais quelle faute, quel préjudice, quelle réparation ? C'est une question d'interprétation dont la portée peut rejaillir sur la norme, selon que l'interprétation donnée (par le juge) sera une interprétation stricte ou une interprétation large, interprétations possibles posées en général par la doctrine.

La norme se présente ici sous forme d'un principe, ou plus exactement, techniquement, d'un standard juridique. La faute, l'abus, les bonnes mœurs, l'ordre public, de formules, comme « juste », « abusif », « utile », « légitime », « raisonnable » (V. D. Mainguy, *Le raisonnable en droit des affaires*, in J.-L. Bergel et Th. Bonneau [ss dir.], *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010), « disproportionné », etc., constituent de tels *standards juridiques* qui ne sont pas, en tant que tels, susceptibles de repérer précisément la norme de conduite identifiée dans la loi. Celle-ci dépend des acteurs, mais surtout du juge et de l'interprétation qu'il donnera du standard, de ces *notions à contenu variable* (V. Ch. Perelman et R. Vanderlinden, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984) : les standards sont ainsi des exemples de *compromis dilatoires* par lesquels le législateur pose une règle mais renvoie à une décision ultérieure, celle d'un juge, le soin de désigner le contenu réel de la norme.

Ne nous trompons pas cependant. Dire que la règle est obligatoire parce qu'elle est affectée d'une sanction ne signifie pas que toute contravention à la règle sera sanctionnée. Une chose est la potentialité de la sanction qui est le critère de la règle de droit, une autre l'*effectivité* de la sanction qui est le degré d'application efficace de la règle : de nombreux vols, de nombreuses inexécutions contractuelles ou fautes civiles ne sont pas sanctionnées ce qui ne signifie pas que le vol, l'inexécution du contrat ou la faute sont permis. L'effectivité de la loi dépend d'autres facteurs, policiers ou judiciaires par exemple, ou du tarif de la sanction, ce qui est une difficulté majeure dans certains domaines, celui du droit pénal ou celui du droit de la concurrence.

Par ailleurs, il existe bien des normes, qui se présentent comme des règles de droit qui ne sont pas sanctionnées et qu'on présente parfois comme des « lois imparfaites » (V. Ph. Malaurie, *Les sanctions en droit privé : Defrénois 2006*, 38333). Ce fut le cas d'école du président Mitterrand qui, pendant la cohabitation de 1986-1988, refusa de signer des ordonnances préparées par le gouvernement de Jacques Chirac sur la base d'une loi d'habilitation votée par le parlement, c'est le cas de bien des règles du droit international public qu'il est extrêmement difficile de faire appliquer, et parfois de certaines règles du droit civil (V. *infra*, N. Descot, *Les règles de droit civil non sanctionnées* : RRJ 2008, p. 1299).

33. - Structure de la règle de droit. Quelle qu'elle soit, la règle de droit s'exprime généralement de la même façon : à un présupposé répond une imputation, c'est une relation du type « si... alors... » (V. *infra*, M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2000, spéc. p. 257 et s.), une relation de causalité.

Le présupposé est l'hypothèse de départ, les conditions de la règle, par exemple lorsque l'on observe une faute et un préjudice causé par cette faute. L'imputation est la conséquence que la règle crée pour tous ceux qui remplissent les conditions, les effets de la règle, l'obligation de réparation du préjudice par le fautif, dans l'exemple précédent à la lecture de l'article 1240 du Code civil. Cela ne signifie pas que si je commets une faute, je dois réparer le préjudice en résultant, mais que du fait de l'article 1240, je peux être sanctionné pour ne pas l'avoir fait : la règle présente alors un caractère *normatif*. La sanction résultera d'une décision de justice qui appliquera la règle au cas particulier. On voit, alors, la différence entre une règle et une décision : où la première est générale et faite pour s'appliquer à un nombre indéterminé de

cas, la seconde est particulière à un cas précis et applique la règle générale à cette singularité (mais peut elle-même créer une règle, ce qui complique la présentation).

34. - Distinction : loi impérative et loi supplétive. La principale distinction oppose les lois impératives aux lois supplétives. Toutes sont également obligatoires et sanctionnées mais leur autorité est différente.

Les **lois impératives** s'appliquent en toute circonstance, elles sont d'*ordre public*. Ainsi, l'article 6 du Code civil dispose que l'on ne peut déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Un important ensemble de règles d'ordre public, fondées sur un intérêt général de direction (de l'économie, de l'urbanisme par exemple) ou de protection (des salariés ou des consommateurs par exemple) identifie des règles impératives auxquelles on ne peut déroger.

Ainsi, on ne peut déroger aux règles impératives qui gouvernent le droit des successions : l'héritier ne peut être « déshérité » – on dit exhéredé – pour une part supérieure à sa « réserve d'hérédité ».

Ainsi encore, on ne peut déroger à l'interdiction faite à une personne de ne pas en tuer une autre, même lorsque la victime est consentante. De même que l'on ne peut déroger aux règles protégeant une catégorie particulière de personnes comme l'organisent les règles du droit de la consommation ou du droit du travail, encore qu'en la matière la notion d'ordre public prenne un tour particulier.

On distingue en droit du travail l'*ordre public traditionnel* qui ne permet pas de déroger à ses règles, en aucune manière, ni à la hausse ni, encore moins, à la baisse, l'*ordre public social* qui interdit de déroger en défaveur du salarié mais qui autorise et parfois favorise (par le recours aux conventions collectives notamment) des dérogations *in favorem* (par ex. : le salaire, les conditions de travail) et un *ordre public dérogatoire* qu'il est permis de franchir, fût-ce au détriment des salariés, si cette défaveur résulte d'un accord collectif (par ex : le temps de travail).

Des pans entiers de règles de droit sont ainsi des règles impératives : le droit pénal, le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit du travail, de plus en plus de règles de droit des contrats.

À l'inverse, les **lois supplétives** (V. *infra*, C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004) ne s'imposent pas de la même façon. Elles suscitent une conduite particulière mais les parties peuvent parfaitement déroger à ces règles, choisir par contrat des règles qui leur conviennent davantage que la règle légale.

La règle est alors dite supplétive. On parlerait, aujourd'hui, de *normes optionnelles* pour envisager, de manière plus large, les normes juridiques susceptibles d'un choix et sans doute également pour envisager la sémantique anglaise opposant les règles optionnelles *opt in* (option élective) ou *opt out* (option exclusive). C'est le cas par exemple des règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : elles s'appliquent par principe sauf choix par les parties d'exclure ces règles (*opt out*). Mais c'est le cas aussi du choix d'une règle impérative alors qu'une règle supplétive s'applique, comme un bail non soumis aux règles, impératives, du bail commercial, et où les parties choisiraient l'application des règles impératives du bail commercial (*opt in*).

Il s'agit de l'hypothèse inverse des règles impératives, qu'elle complète. La plupart des règles du droit des contrats sont des règles supplétives : ou bien les parties se satisfont des règles du Code civil, auquel cas leur silence dans le contrat vaut renvoi à la loi ou au code, la loi *supplée* la volonté des parties ; ou bien, au contraire, les parties ne s'en satisfont pas et elles choisiront d'écarter ces règles supplétives pour choisir une règle plus adaptée à leur volonté. Par exemple, l'article 1583 du Code civil dispose que dans la vente, le transfert de propriété s'opère au profit de l'acheteur dès l'échange des consentements, indépendamment du paiement par l'acheteur ou de la livraison par le vendeur. Mais les parties peuvent ne pas se satisfaire de

cette solution supplétive et choisir un autre moment du transfert de propriété, par exemple au moment où l'acheteur aura définitivement réglé le prix et elles inséreront dans leur contrat une clause à cet effet : c'est l'exercice de la liberté contractuelle.

35. - Critère de la distinction. Parmi ces règles, toute la difficulté est de faire la part entre une règle impérative ou supplétive. Souvent, la règle le précise : le texte indique par exemple que telle règle doit être respectée à peine de sanction pénale ou interdit toute dérogation ; cette règle est évidemment impérative (C. civ., art. 16-5, art. 931, art. 1244 à 1244-3 ; C. consom., art. L. 212-1). Ou encore, la règle dispose « sauf clause contraire » : la règle tolère une volonté contraire, elle est évidemment supplétive (C. civ., art. 214, art. 187, art. 1526). Parfois, cependant, la règle n'indique rien et il appartiendra aux juges d'affirmer ou de nier son caractère impératif selon qu'elle touche aux intérêts publics ou privés comme les règles du droit du mariage, de la filiation, d'ordre public, ou du droit des obligations, qui sont supplétives par principe.

36. - Règles non normatives. Parfois cependant, la règle n'a plus de fonction normative : elle n'est pas sanctionnée tout simplement parce qu'elle n'est pas obligatoire (V. *infra*, Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé* : RRJ 1982, p. 219). Elle se contente d'esquisser un point de vue. Ainsi l'article L. 410-2 du Code de commerce insiste sur le fait que les prix et la concurrence sont libres, de même que l'article 1^{er} de la loi *Mermaz* du 6 juillet 1989 affirme que le droit au logement est un droit fondamental, une autre le fait que « les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre, de santé et d'épanouissement de chacun ; elles sont un élément fondamental de l'éducation, de la culture et de la vie sociale » (L. n° 84-610, 16 juill. 1984, art. 1^{er}) et on peut ainsi multiplier les exemples, souvent pour s'en moquer. Parfois cependant, ce caractère non normatif pose véritablement difficulté. Par exemple, une loi avait reconnu le génocide arménien, en 2000. Elle était considérée comme une loi non normative. On pourrait cependant critiquer cette (non) qualification : le seul fait d'identifier une situation, de qualifier une situation est par nature normatif, quand bien même la règle n'aurait pas de caractère contraignant.

De telles normes livrent alors des « informations » juridiques, normatives, mais qui n'ont, *a priori*, aucun caractère contraignant. La règle n'est plus ni impérative, ni supplétive, mais devient sinon du charabia, du moins un instrument de politique, voire de sciences politiques. Toutefois, parce que les règles de droit sont par essence normatives, même ces règles *a priori* non normatives peuvent avoir vocation à le devenir. Ainsi, l'article 1242, alinéa 1^{er} du Code civil (ancien art. 1384, al. 1^{er}) n'était considéré, en 1804, que comme une phrase d'introduction, non normative, au reste de l'article jusqu'à un arrêt de 1896 qui en a fait le siège de la responsabilité du fait des choses, l'un des piliers du droit de la responsabilité moderne (V. *supra*, n° 257). Ainsi et de même, une définition donnée par la loi est par essence normative, même si elle ne contient aucune imputation.

D'autres formes plus sophistiquées apparaissent, comme les techniques dites du *soft law* (V. *infra*, n° 154), ou « droit souple » pour retenir la traduction la plus aimable. Le *soft law*, à la différence du *hard law* qui serait la loi ou la norme juridique traditionnelle, obligatoire et générale, serait ainsi un instrument d'incitation, à travers une souplesse nouvelle (V. C. Thibierge, *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599. – F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc., réflexions sur la dégradation des sources privées du droit* : RTD civ. 1995, p. 509). Longtemps promues en droit international, dont les déclarations, résolutions et recommandations de l'ONU constituent le modèle, ou l'anti-modèle : à défaut de sanction, ces « règles » se fondent sur leur propre existence et l'autorité de sa source, et se contentent de l'organisation de leur suivi. Le *soft law* se développe également en droit européen,

sous la forme de recommandations, de communications, de lignes directrices, par exemple en droit européen de la concurrence mais également en droit interne où les règles du *soft law* servent de relais avec les règles du *hard law*, qu'elles soient d'origine publique, dans une logique de conviction, ou d'origine privée, par exemple à travers le développement des codes de déontologie d'entreprises. La sanction, critère général et discriminant de la règle de droit d'autres types de règles non juridiques, devient, ainsi, un critère plus relatif.

37. - Règles de droit et autres règles. « Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes », « le droit n'est pas seul » écrit le doyen Carbonnier (V. *Flexible Droit*, 10^e éd. 2000, p. 22) : la règle de droit n'absorbe pas, loin s'en faut, toutes les relations entre les hommes.

Le droit se distingue d'autres types de règles de conduite en société, d'autres impératifs de comportement, comme les règles religieuses, politiques, morales, de courtoisie, de bienséance, de protocole, de savoir-vivre, d'honneur, d'éthique, de jeu, sportives, etc., et la confrontation du droit et de la morale est un bon exemple de la difficulté à unir les fonctions du droit. Par exemple, dans un restaurant, le pourboire n'est pas obligatoire mais il est une règle d'usage de laisser un pourboire, de même qu'il est courtois que ce soit l'invité qui laisse un pourboire et qu'il serait bienséant de ne pas se montrer pingre ; toutes ces règles ne sont pas juridiques, et pourtant le droit s'y intéresse, que ce soit les règles du droit social pour déterminer si le pourboire s'intègre ou non dans le calcul du salaire des employés, de même que le droit fiscal lui attribue un régime particulier. C'est une très vieille question que cette distinction entre droit et morale, ou droit et religion, mais qui vaut aussi pour d'autres relations, droit et honneur, droit et justice, droit et économie, etc.

38. - Droit et religion. Plus complexe est l'observation des liens ou des non-liens entre droit et religion.

Certains liens sont évidents : le droit a un rapport étroit avec le merveilleux, le sacré, le rituel, d'autres sont plus culturels : le droit français est profondément catholique, dans son expression notamment (l'idée de faute, de pardon, le juge prêtre du droit, etc.).

Pour autant, le droit n'est pas assimilable aux règles religieuses, lesquelles ne sont pas juridiquement obligatoires (le mariage à l'église par exemple, mais il l'est au regard du droit canonique), d'autant plus que depuis 1905, la France a adopté la règle de séparation de l'Église et de l'État, instituant la laïcité comme principe, ce que le Code civil avait déjà consacré un siècle avant, et ce que le Christ lui-même admettait, *redere Caesari quae Caesari sunt, quae sunt Dei Deo*, rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu, alors qu'il l'interroge sur l'obligation de payer le tribut romain (Mat, 22, 21, Marc 12, 17, Luc, 20, 25).

La distinction du spirituel et du temporel en découle, avec des empiètements dès lors que l'on admet que le pouvoir temporel est lui-même inspiré par Dieu. Par conséquent, l'élargissement du temporel et du spirituel consacré par le principe de laïcité suppose de ramener les règles religieuses dans la sphère privée, au même titre que les règles morales (V. les invites à la charité chrétienne et celles en faveur de la recherche médicale contre le cancer ou le sida).

Il en résulte une certaine schizophrénie juridique et religieuse : ainsi le catholique qui divorce est exclu de sa foi religieuse, la musulmane qui porte un voile chez elle est refoulée au-dehors. En ce sens, un droit laïc peut être conçu soit comme un droit qui tolère toutes les pratiques religieuses, sous un minimum de règles *civiles* (et par là laïques), comme c'est le cas des États-Unis par exemple, ou bien qui s'impose comme un droit défait de tout esprit religieux et refoulant la religion à la sphère intime. C'est le parti du droit français, lorsqu'il souhaitait repousser l'esprit des guerres de religion, ou devenir un droit « libéral », et, osons l'écrire, anti-catholique, à compter de la loi de 1905 qui posa les principes de la laïcité.

Par ailleurs, les règles religieuses ont vraisemblablement précédé, en temps et en force, les règles juridiques, parce que la religion, comme la morale, sont de puissants régulateurs sociaux et individuels. Pour cette raison, nombre de règles en droit français sont inspirées de règles religieuses (comp. Décalogue, art. V : « tu honoreras ton père et ta mère » et C. civ., art. 371 : « l'enfant, à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère »). Inversement, la même charité chrétienne impose le pardon, l'ignorance du mal, pas le droit : ce serait la fin du droit pénal.

Le droit n'ignore donc pas le fait religieux, par plus qu'il n'ignore la morale. Par exemple, une enseignante dans un établissement d'enseignement catholique avait été licenciée au motif qu'elle s'était remariée après avoir divorcé, motif pris de la règle, religieuse, de l'indissolubilité du mariage : le licenciement n'avait pourtant pas été considéré comme abusif car le contrat de travail avait été conclu en considération de cette règle éminemment catholique (Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : *D.* 1978, p. 541, concl. Schmelck, note Ph. Ardant. – J. Bédoura, *Le licenciement des maîtres dans les établissements professionnels* : *D.* 1978, chron. p. 51).

Sans doute le droit canonique tient-il encore une grande place mais de façon parallèle aux règles de droit. Les pays musulmans appliquent cependant la *charia*, la loi islamique, mais pas partout (la Tunisie a par exemple adopté un droit civil particulièrement moderne). De même le Liban, par exemple, voit se juxtaposer les règles religieuses des nombreuses communautés qui le composent. Le statut personnel des Libanais est entièrement régi par les règles religieuses de la communauté à laquelle un Libanais appartient. Mieux, chaque communauté dispose de juridictions ecclésiastiques chargées de résoudre les litiges découlant du statut personnel (personne, mariage, divorce, filiation...) et des difficiles conflits de règles communautaires. Le droit du statut personnel est, là, principalement fondé sur les règles religieuses.

Section 2

La « science » (ou conscience) du droit

39. - Présentation. Telle que nous l'avons présentée, la définition de la règle de droit peut susciter l'approbation ou la critique. Quel intérêt les hommes – voire le Droit lui-même – ont-ils à s'imposer des règles si celles-ci ne sont pas justes ? Encore, si une certaine dose d'injustice ou d'imperfection est concevable, qui va en juger et prendre l'initiative de sa conservation ou de son changement ? Et le droit est-il une nécessité ? Doit-on considérer que les règles de droit existent même si on ne les désigne pas comme telles ?

Le droit se présente ainsi en termes de finalités et d'absolus, mais également, et peut-être surtout, en termes de Justice, de Morale : faut-il que les armées des pays démocratiques interviennent pour faire cesser une guerre civile ? Faut-il renverser les dictatures ? Faut-il interdire le port de la *burqa*, du voile ? L'État doit-il faire de la morale, laïque ou non, à l'école ? Faut-il une justice pénale internationale ? Les droits de l'homme doivent-ils être considérés comme universels ? Faut-il voter pour ou contre la Constitution européenne ? La concurrence est-elle un bien ? Pour ou contre les « licenciements boursiers », etc. Pas une règle, pratiquement, n'échappe à la question de l'opposition entre absolutisme et relativisme du droit et au jugement posé en termes de Justice ou de Morale.

Ces questions supposent un discours sur « l'objet droit », ce qui emporte, semble-t-il, de traiter le droit de manière scientifique, en termes épistémologiques. Il n'est pas certain que le droit soit plus une science qu'un art, au sens nietzschéen, une science ou un art argumentatif, rhétorique, mais également processuel et pratique,

ce qui explique les guillemets du titre ; il demeure que les explications sur le droit s'imposent, soit en lui-même par les fondements du droit (§ 1) soit en dehors de lui-même par la question de la connaissance du droit (§ 2).

§ 1. – LES FONDEMENTS DU DROIT

A - Le problème du droit et de la Justice

40. - Présentation. Les fondements, les fondations, au sens matériel de ces termes, sont essentiels. Des considérations fondamentales s'abritent derrière les règles et les techniques du droit. Les pensées grecque, romaine et chrétienne sont les ascendances les plus remarquables de notre droit, vers une interrogation croissante sur la corrélation entre le droit, tel qu'il s'applique, et la Justice, magnifiée par la pensée et la philosophie chrétiennes, qui a dominé la pensée juridique pendant près de vingt siècles, puis rationaliste et libérale. La « philosophie du droit », en tant que discipline, tient aujourd'hui une place congrue, où elle était autrefois privilégiée. Il n'y a plus ou peu de cours de philosophie du droit ou de théorie du droit, la place est laissée libre à la technique juridique, comme si ces questions fondamentales étaient devenues inutiles ou qu'elles sont devenues sans intérêt. Or, la seule considération de cette utilité ou de cet intérêt, est, en soi, d'une importance majeure. Pourquoi donc une « fin de l'histoire » du droit ? Parce que celui-ci serait le produit de la démocratie. C'est, en gros, la thèse « légaliste ». Mais l'idée de Justice, la considération des faits sociaux, de leur évolution ne sont-ils pas au cœur de toutes les discussions ? C'est alors la place de la sociologie, et de la philosophie, dans des travaux importants souvent présentés comme « théoriques » (F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11^e éd. 2019, p. 112 et s. – V. *infra*, ouvrage H. Batiffol, *Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986. – M. Villey, *Philosophie du droit*, 2 t., Dalloz, 2008. – B. Oppetit, *Philosophie du droit*, *op. cit.* – A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993. – Ch. Atias, *Philosophie du droit*, *op. cit.* – R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.* – A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.* – J.-C. Billier et A. Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.* – S. Neuville, *Philosophie du droit*, *op. cit.*) comme s'ils n'avaient pas d'intérêt pratique. La très timide position de la philosophie en France en dehors des facultés de philosophie et de quelques scènes médiatiques et la position encore plus timide de la philosophie du droit posent une question troublante. À quoi cela sert-il ? Ne peut-on pas appliquer les règles de droit sans se soucier de ces questions ? À quoi sert la philosophie ? À être heureux. À quoi sert la philosophie du droit ? À être juridiquement heureux. Rien, donc, et l'essentiel : « la Justice est une propriété possible, mais non nécessaire, d'un ordre social » (V. H. Kelsen, *Qu'est-ce que la Justice ?*, préf. V. Lasserre, éd. Markus Haller, 2012). Or, la Justice est par hypothèse multiple et inconnaissable, elle est Dieu, ou la Sagesse, ou la Liberté, ou encore le Bonheur.

La philosophie du droit propose alors deux logiques. La première est une *fonction de légitimation* : les règles juridiques sont en effet censées être appliquées et pour cette raison, acceptées. La correspondance entre la règle et sa légitimité peut donc être établie, étant entendu qu'il existe autant d'arguments, en faveur ou en défaveur de la légitimité de telle règle, qu'il existe de conceptions philosophiques, ce qui fait d'ailleurs tout l'intérêt des débats.

Une seconde fonction est une *fonction de prescription* : la légitimité, réelle ou supposée, de telle règle, permet alors de justifier que les éléments de cette légitimité soient reproduits, pour fonder la solution à une règle nouvelle, par exemple la solution à un problème nouveau qui se pose en jurisprudence ou à une loi nouvelle présentée devant le parlement.

On distinguera, en une rapide présentation cependant, quelques tendances majeures selon les tenants du droit naturel et les positivismes, que l'on présente souvent de manière opposée, contrastée, alors que l'histoire de la philosophie du droit montre un enchevêtrement beaucoup plus subtil, une absence de rupture, des résurgences, des critiques, des positions politiques en un sens ou en un autre, dont nous présentons ici les pensées, mais à très grands traits, et en tentant ensuite une (très) rapide synthèse.

41. - Principes de description et prescription. On admettra alors que le discours sur le droit est tantôt descriptif – le droit est, ontologie juridique – tantôt prescriptif – le droit devrait être, déontologique – sans que l'on puisse considérer que telle tendance, théorie ou philosophie est ou n'est pas descriptive ou prescriptive. Par exemple, les doctrines du droit naturel sont tout autant descriptives que prescriptives (par exemple, avant la loi *Taubira* de 2013, une conception du mariage décrit le mariage tel que cette conception le présente et en déduit, prescrit, que le mariage entre personnes du même sexe est illégal, V. *supra*, n° 21), comme la sociologie juridique ou l'utilitarisme, alors que le normativisme est essentiellement descriptif. Simplement, la philosophie a un rapport avec le bonheur et la philosophie du droit avec la résolution du problème du meilleur gouvernement pour les hommes, et donc de la place des valeurs, tandis que la théorie du droit se contente d'observer le droit, de façon neutre, et la sociologie d'observer les mouvements sociaux. Plusieurs tendances s'opposent alors : celle dite souvent de manière abusivement unitaire du « droit naturel » qui suppose un droit fait autour de l'observation, soit de la poursuite d'un Idéal, soit de la nature, celle dite « positiviste » qui admet le droit comme ce qu'il est, qu'il soit le produit de l'État (normativisme) ou des faits sociaux.

La question se pose ainsi, assez systématiquement, de savoir si une solution juridique est « bonne » ou « juste », étant entendu que toute solution est, par nature, discutable. Tout citoyen dispose ainsi d'un avis sur telle solution, mais le juriste philosophe envisage cette difficulté comme une technique de légitimation des règles de droit. Il peut s'agir d'une forme de légitimité « faible », comme découlant de la logique du raisonnement juridique, que ce soit comme aboutissement d'un tel raisonnement intellectuel, ou comme résultat de la répétition de pratiques. Il peut s'agir d'une forme de légitimité « forte » aux fins de justifier une position juridique, déterminer un sens à la règle, un *fondement juridique*. Le juriste ou le philosophe identifieront des « valeurs », assimilées à la Morale ou à la Justice. La question posée cependant se distingue en plusieurs points de vue, qu'on résumera ici entre le point de vue du naturaliste, celui qui estime que le droit s'étudie en tant qu'il *doit* se conformer à des valeurs, et le point de vue du positiviste, qui considère que le droit s'étudie indépendamment de toute valeur. C'est notamment l'objet de la science du droit, la *théorie pure du droit* développée au début du xx^e siècle par Hans Kelsen.

Cela ne signifie nullement que le jusnaturaliste est respectable, humain, et que le positiviste est froid comme la banquise, voire nihiliste. Or, c'est un reproche qui est souvent fait, par une forme de confusion entre la science du droit comme activité et l'inconscience du droit comme pensée. Ainsi, le normativisme de Kelsen a été critiqué sur le thème de la froideur, de l'inconscience, voire d'être porteur de totalitarisme. La critique est vaine et surtout déplacée : la science du droit, le positivisme, ne se conçoit pas comme une idéologie – quand bien même un faux positivisme comme idéologie se conçoit comme la croyance en la justice de la loi parce qu'elle est la loi, ce qu'on appelle le « légalisme » – mais comme une simple technique de description du droit. En revanche, la différence repose sur l'attitude du juriste savant, du scientifique : le positiviste considère que les valeurs étant multiples et inconnues, il doit décrire le droit de manière neutre, indépendamment de ces valeurs, observer le droit tel qu'il est, y compris en tant qu'il repose sur des valeurs, s'il parvient à les identifier. À l'inverse, le juriste scientifique naturaliste considère qu'il doit observer le

droit en tant qu'il se conforme à des valeurs qu'il définit et hiérarchise. Ce sont donc des méthodes scientifiques : une méthode de description non axiologique du droit ou au contraire axiologique, indépendamment ou en fonction de valeurs. L'exemple du « mariage pour tous » a été, à cet égard, un terrain d'observation formidable de ces conceptions. Autre est l'opinion du juriste scientifique : le positiviste peut parfaitement se considérer comme référant à des valeurs et le philosophe apprécier le droit tel qu'il est, bien entendu.

42. - Justice et morale. Bien sûr, le droit est très souvent influencé par la morale, la religion, la justice ; le droit est même consubstantiel à l'idée de justice : *jus est ars boni et aequi*, affirmait Celse, le droit est l'art du bien et du juste.

Le droit ne peut se désintéresser des valeurs fondamentales, des valeurs universelles ou des valeurs qui ont cours au moment et au lieu où la règle naît. Impensables sont les règles qui auraient été édictées en étant ouvertement injustes et présentées comme telles, même si elles sont objectivement injustes.

Par ailleurs, il est plus facile, pour l'observateur extérieur, de repérer la justice ou l'injustice d'une décision que celle d'une règle qui, par hypothèse, est plus générale et plus abstraite et donc plus difficile à apprécier « moralement ». Et il en est sans doute de même du point de vue du « fabricant » de décisions ou de règles au moment où il cherche à l'évaluer.

Il est encore plus difficile d'apprécier la Justice d'un système juridique dans son ensemble, et non d'une règle particulière. Par exemple, un sentiment de justice peut naître de la sécurité juridique que le système juridique promet, à travers des notions comme l'égalité de traitement, le recours en justice, l'absence de corruption des élites, la séparation des pouvoirs, etc., mais indépendamment de la justice d'une norme particulière. La question de la Justice du système juridique a connu un essor considérable, aux États-Unis notamment, à travers les *théories de la justice* qui tentent de baliser les éléments d'un système juridique « juste » (V. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987).

Or, la Justice est plus facilement repérable pour une telle norme particulière ; plus exactement, c'est l'injustice d'une règle qui est sensible, et par itération l'injustice d'un système juridique. La question n'est pas nouvelle face à la question de la désobéissance à une loi considérée comme injuste et, à bien des égards, ce n'est pas une question juridique.

La présentation traditionnelle de ce problème pose que le droit, les normes, se distinguent de la morale ou de la justice, à travers trois considérations, convergence, divergence, ignorance du droit et de la morale, à travers des tentatives de distinction qui ont fait les beaux jours de la doctrine juridique du ^{xx}e siècle.

Par exemple, la morale irrigue bien des règles de droit à travers les notions de faute, de fraude, de bonnes mœurs, de cause, de loyauté, d'indignité, etc. toutes notions qui sont de droit positif. Ripert, cependant, n'observait pas de différence sensible entre droit et morale : « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but mais il y a une différence de caractère », en d'autres termes, la sanction (V. *infra*, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1936. – Ph. Jestaz, *Pouvoir juridique et pouvoir moral* : *RTD civ.* 1990, p. 625). C'est donc que l'interprétation des règles de droit n'a pas besoin d'ajouter une considération morale, puisque le droit est la morale. La difficulté tient au fait d'être capable de déterminer de quel « type » de morale il s'agit, morale religieuse, athée, républicaine, économique, sociale, sportive, etc., et savoir comment la rapprocher ou le distinguer de l'idée de Justice. Cette convergence, à la supposer exacte, confond en outre Morale et Justice.

Les règles de droit cherchent à réaliser la justice, pas la morale, ni la Justice. Il se peut que la justice passe par une solution, juridique, qui soit voisine de la morale, mais ce n'est pas nécessaire. Prétendre l'inverse, la nécessité de la convergence

entre droit, morale et Justice, est une prétention jusnaturaliste. Une forme dérivée de la conception ou des fondements moraux de la règle de droit repose sur une nouvelle morale que serait l'éthique. Outre le fait que les deux termes reposent sur des racines grecques et latines voisines, *ethos* et *mors* face au *nomos* et au *jus*, la distinction est surtout propice au développement d'une *morale de l'action* ou une théorie de la bonne action permettant de répondre à des questions du type : « que dois-je faire pour bien faire ? », « qu'aurais-je dû faire ? », « quelles sont les limites de mes actions ? ». Plus civile, moins religieuse, l'éthique moderne se développe dans le champ de la science et de ses évolutions, la bioéthique par exemple et le Conseil consultatif national d'éthique, ou bien dans le champ de l'action des entreprises, à travers par exemple le concept de *responsabilité sociale des entreprises* visant à l'amélioration des comportements sociaux ou environnementaux.

À l'inverse, bien des règles morales ne sont pas juridiques (V. Ph. Jestaz, *Les frontières du droit et de la morale* : RRJ 1983, p. 334. – J. Habermas, *Droit et morale*, Seuil, 1996). L'exemple récurrent de la faculté d'expulser le locataire qui ne règle pas son loyer en est une illustration, comme la question du licenciement. Dans une conception jusnaturaliste, la règle est morale ou immorale, ou économique, arbitraire (V. Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur* : JCP G 1988, I, 3343), équitable (V. E. Agostini, *L'équité* : D. 1978, chron. p. 7. – Ch. Albigès, *L'équité en droit privé*, LGDJ, 2000). Pour un positiviste, elle est une norme ou elle ne l'est pas. La difficulté consiste alors, face à une telle « règle », de savoir si elle est juridique ou extra-juridique et relève alors de la catégorie des règles morales, comme les règles de charité, d'élégance, de courtoisie, etc.

Dans d'autres hypothèses, une règle de droit n'est ni morale ni immorale, elle est moralement neutre, comme les règles qui organisent l'état civil des personnes ou le droit des sociétés, encore que dans l'application de ces règles, la morale réapparaîtra sans doute, en sorte que l'on peut douter de l'importance de cette catégorie de règles moralement neutres. Plus largement, le caractère a-moral de la norme se développe à travers le développement des conceptions libérales, qu'il s'agisse du libéralisme politique ou économique. Par exemple, l'interruption volontaire de grossesse a longtemps été interdite et réprimée au nom de la morale. Elle a ensuite été autorisée, en tant qu'elle laisse à la morale individuelle le soin de réaliser ses propres choix. Sur un plan économique, la morale tend également à être concurrencée, sinon remplacée, par des considérations présentées en termes d'utilité. C'est le cas, par exemple des règles du droit de la concurrence, qui sanctionnent les ententes anticoncurrentielles non pas parce qu'elles seraient *immorales*, mais parce qu'elles affectent *l'efficacité* du marché.

43. - Technique : passage de la morale au droit : obligations naturelles, devoir de conscience et obligations civiles. Les obligations naturelles assurent un certain lien entre les deux domaines des règles morales et juridiques. Il s'agit d'obligations que le droit n'appréhende pas. Par exemple, si les articles 203 et suivants du Code civil posent le principe d'une obligation alimentaire entre parents, entre père ou mère et enfants, aucune obligation alimentaire n'existe entre frère et sœur. L'exécution d'une obligation alimentaire entre parents et enfants est juridiquement obligatoire ; l'exécution d'une telle obligation entre frère et sœur ne l'est pas : c'est une obligation morale. D'où la construction des obligations naturelles. Celles-ci sont au départ des obligations morales, non juridiquement obligatoires, que l'on renomme obligations naturelles. Si cependant elles sont exécutées ou si la promesse de leur exécution est consentie, elles sont attirées dans le domaine du droit. Le commencement d'exécution doit être achevé ou la promesse être exécutée, juridiquement : elles deviennent des obligations civiles.

Un temps, les juristes se sont passionnément intéressés aux obligations naturelles, désormais établies comme des règles fondées sur des « devoirs de conscience »

dans le Code civil (C. civ., art. 1100). Aubry et Rau parvenaient à des trésors de distinctions. Ils découvraient ainsi des *obligations civiles avortées*, celles qui n'ont pas encore accédé à la vie civile comme un acte juridique auquel il manquerait une règle de forme : non obligatoire, l'obligation existerait naturellement. Y répondaient les *obligations civiles dégénérées*, celles qui ont été valables mais qui disparaissent juridiquement avant leur exécution pour cause de prescription par exemple, sans cesser moralement d'exister.

Cette présentation montre le caractère très approximatif de cette présentation première qui place, au centre de la règle, la question des valeurs, toutes assimilées à des règles morales, alors qu'elles peuvent être très diverses. Par exemple, les règles économiques, comme celles du droit de la concurrence, ne sont pas « morales » ou « immorales » mais souvent a-morales ; elles n'en sont pas moins rattachables à une conception particulière d'un droit naturel économique.

B - Les droits naturels et les positivismes

44. - Présentation. On dit ou écrit souvent que la considération des règles de droit se distingue en deux catégories. Il y aurait ainsi des jusnaturalistes ou juristes idéalistes qui estiment qu'au-dessus du droit en vigueur à un moment donné et en un lieu donné – *le droit positif* – se situe un droit supérieur, immuable et universel – *le droit naturel* – et que le premier, le droit positif, doit nécessairement s'inspirer du second, le droit naturel. Selon cette conception, la désobéissance aux lois positives deviendrait un devoir lorsque ces dernières s'opposent à la loi naturelle, comme Antigone implorant Créon. Et celle-ci résulte, en simplifiant, ou bien de la raison ou bien de la conscience (le droit serait révélé par Dieu ou par la raison des hommes) ou bien il constitue un corps de règles préexistantes, liées à la considération de l'équilibre idéal de la nature appliquée au droit, qu'il faut *découvrir* et non pas *inventer* comme jadis Jean-Jacques Rousseau, son *Émile* et le mythe du « bon sauvage »).

C'est une conception erronée – ou en tout cas simpliste – « du » droit naturel, qui lui-même se distingue de plusieurs manières. En effet, l'idée qu'il y aurait ainsi, suspendu en quelque sorte, tel un petit nuage, un ensemble de règles définies et parfaitement déterminées constituant autant de commandements ou de reproches, dites de droit naturel, au-dessus de règles elles-mêmes parfaitement définies, dites de droit positif, et qu'il suffirait d'aller chercher (ou d'attendre qu'elles pleuvent), est une vision naïve, pour ne pas dire primaire du droit et sans doute assez dangereuse.

La question se pose en effet de manière très différente. Il est incontestable par exemple qu'il existe des règles de droit en vigueur à un moment donné. C'est ce qu'on appelle le *droit positif*. Ces règles sont, ou non, porteuses de valeurs morales : cela est parfaitement indifférent. Ce qui importe, en revanche, c'est le regard porté, par le justiciable, l'avocat, le juge, le juriste savant, le professeur de droit par exemple, sur ces règles positives. Doit-il les apprécier à l'aune de valeurs particulières, pour les valider ou les critiquer, ou doit-il se contenter de les décrire, de manière neutre, indépendamment de toute référence à la morale ? Telle est la distinction entre *les* conceptions *des* droits naturels (1°) et *les* conceptions positivistes (2°), le pluriel s'impose, avec beaucoup de prudence, tant des conceptions naturalistes se « positivisent », et, plus souvent, des conceptions dites positivistes relèvent en réalité d'une croyance et sont donc des droits naturels.

1 - Les droits naturels

45. - Des droits naturels « classiques » aux droits naturels « modernes ». Il n'existe pas, en effet, une seule conception *du* droit naturel, mais *des* droits naturels ou des familles de droit(s) naturel(s), qu'on peut sans doute considérer en cinq familles, le droit naturel classique, fondé sur une conception de la Nature, d'où la désignation droit « naturel », le droit naturel divin, né d'une conception de la Nature révélée et

transcendantale, le droit naturel fondé sur la Nature considérée par la Raison, ou droit naturel moderne, le droit naturel fondé sur la réalité des comportements humains, la sociologie, et enfin le droit naturel fondé sur les lois du marché. Une présentation hâtive pourrait laisser penser qu'une conception chasse l'autre, par une sorte de sacrifice à l'écoulement du temps et de l'évolution de la pensée philosophique. Il n'en est évidemment rien : quelques catastrophes naturelles ou considérations de la relativité de l'homme donnent à la Nature un certain nombre de droits majeurs dont l'écologie fait son lit, les droits naturels religieux sont omniprésents, la Raison imprime son lot de réflexions juridiques et politiques, la question de savoir s'il faut légiférer en fonction de l'opinion règne et les lois du marché impliquent des réformes structurelles considérables : tous ces droits naturels sont en concurrence permanente et justifient le riche débat de la philosophie du droit.

En revanche, ces droits naturels sont irréductibles entre eux : c'est le propre d'un droit naturel que de se fonder sur une « croyance », en la Nature, en Dieu, en la Raison, etc., et c'est la raison pour laquelle les positivistes considèrent qu'il est impérieux d'observer le droit indépendamment de ces valeurs dont le combat relève, selon Max Weber, d'une « Guerre des Dieux ».

Le **droit naturel classique** identifie un corps de règles issues de l'observation de la nature ; c'est celui de Platon et d'Aristote.

Ce droit naturel *classique* (mais qui a lui-même remplacé ou coexisté avec un droit naturel religieux et grégaire : comme chez Sophocle qui fait parler son *Antigone* « Je ne croyais pas, certes, que tes édits eussent tant de pouvoirs qu'ils 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 ») est apparu dans la pensée grecque avec deux auteurs majeurs mais contradictoires, Platon (*La République*) et Aristote (*Éthique à Nicomaque*).

Pour Platon (427-347), dont la philosophie est essentiellement politique, l'essentiel est la découverte du juste *dikaion*, et des lois, *nomoi*, qui attribue sa part à chacun, *suum cuique tribuere*, le tout selon une logique individuelle, la vertu et l'observation de la nature. Il suppose que le philosophe est au pouvoir, le philosophe roi. Mais comme il ne l'est point et qu'il n'est pas certain que s'il le devient, un autre philosophe le remplace, c'est par les lois, immuables, et par l'Académie qui fondera les esprits, qu'il entend laisser sa trace : les constitutions, les lois (qui viennent d'en haut, le peuple, dans sa caverne, n'y comprend strictement rien), auxquelles il faut obéir de manière stricte, absolue et littérale : c'est la dictature du philosophe, puisque le non-philosophe ne voit que l'ombre des choses, prisonnier de sa caverne. La liberté de la Cité est à ce prix : ce droit naturel là, idéaliste, est le père de toutes les utopies et généralement aboutit à des catastrophes. Pour résumer, pour Platon, les idées, de justice, de morale, etc., sont réelles et ce indépendamment des situations de justice ou de morale : il pourrait n'y avoir aucune justice sur terre que l'idée de Justice n'aurait pas disparu.

Pour Aristote (384-322 av. J.-C.), élève de Platon, le droit était alors – ou plutôt devait être – harmonieusement lié à la morale, la justice : il distinguait la *loi naturelle*, supérieure et guide d'élaboration des bonnes lois, et le *droit légal*, variable car édicté selon diverses considérations humaines. Contrairement à Platon, les idées sont réelles, il n'y a que des situations de Justice, pas d'idée de Justice. La Justice a pour objet la distribution (*suum cuique tribuere*, toujours), soit de manière *commutative* qui a pour objet de régler les difficultés de façon égalitaire, soit de manière *proportionnelle* ou *distributive*, qui a pour objectif de répartir les richesses, proportionnellement aux capacités de chacun. Cela étant, pour Aristote l'observation de la nature est plus précise, il étudie par exemple toutes les constitutions existantes pour rechercher le meilleur système, par une méthode que l'on pourrait considérer comme *expérimentale* et donc *réaliste*, à la différence de la méthode idéaliste de Platon. Tout le droit

est ainsi : des observations, une dialectique, selon les circonstances, les évolutions des hommes et de leurs besoins.

Pour les Romains, et spécialement les stoïciens, avec le *De Officiis* de Cicéron, les devoirs de chacun sont apparentés à la morale et fondés sur la dignité du citoyen, qui préparent bien entendu l'apparement avec le christianisme, et qui donneront naissance aux codes, le *Digeste*, les *Institutes*. L'ensemble applique la logique de Justice aux relations privées, la *bona fides*, la *pietà*.

Ce droit naturel classique a été absorbé et transformé par la philosophie chrétienne, et ce jusqu'à la Renaissance et Descartes, en France, mais restant fidèle à la doctrine de l'église. Le christianisme a également fortement imprégné la philosophie du droit. Saint Augustin, au IV^e siècle, fait référence aux textes bibliques même s'il estime que les lois civiles, profanes, fussent-elles injustes, doivent être obéies, signe d'un positivisme naissant, et il admet toutes ces règles profanes, ne serait-ce que parce le Christ les a respectés (*redere Caesari quae sunt Caesari et quae sunt Dei Deo*). Et c'est ainsi que règne la loi divine, celle de la Cité de Dieu, des Écritures saintes, et ses préceptes du V^e siècle au XII^e siècle, même contradictoires, qui font par exemple la légende du chevalier, preux, secourable et vaillant, mais très éloignés des préoccupations du commun des mortels (V. *infra*, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003) : la justice augustinienne est informulable mais parfaite, imprécise et insanctionnable, comme l'est la Justice divine.

La renaissance du droit romain consacre cette rupture : les hommes, les marchands, n'ont que faire de ces règles charitables et inapplicables et, cherchant des règles plus explicites et plus efficaces, les retrouvent dans les textes anciens, Platon et Aristote, chez les franciscains notamment. Plus tard, Saint-Thomas-d'Aquin (1225-1274) au XIII^e siècle (*Somme théologique ; Du droit*), dominicain, influencé par Aristote qu'il redécouvre, a développé l'idée, banale, d'un certain droit naturel religieux basé sur un droit hiérarchisé et révélé aux hommes par Dieu mais progressivement distingué de la loi supérieure, la loi divine, *lex divina*, de nature mystique, ou de la loi née de la raison, *lex naturalis*, qui peut être découverte par la raison car inscrite dans la conscience des hommes et dans la nature des choses, pour parvenir à la *lex humana*. Le droit naturel est, selon cette conception, une recherche perpétuelle de la justice, et est par conséquent peu soucieux de donner corps concrètement à ce que doit être le droit. La conception thomiste du droit est donc fondée sur l'autorité divine qui justifie le droit et lui confère son caractère obligatoire, pour autant que la loi humaine se rapproche des préceptes issus de la loi naturelle, variable puisque la nature des choses est elle-même variable, par une *morale*, réaliste, car fondée sur l'observation des appétits humains, et chrétienne : le droit positif doit ainsi être suivi, en fonction de ce droit naturel, c'est une version chrétienne de l'aristotélisme (*Somme théologique*, Q, LVII, *Du droit*, art. II : « Une chose peut être adéquate, aux yeux d'un homme de deux manières : d'abord par la nature même de la chose, quand un homme, par exemple, donne une chose pour recevoir exactement la même valeur ; et c'est ce qu'on appelle droit naturel. Une chose, en second lieu, est adéquate à une autre par suite d'une mesure établie ou d'une convention faite, c'est là ce qu'on appelle droit positif. [...] On appelle droit divin celui qui est promulgué par l'autorité même de Dieu. Il comprend en partie des choses naturellement justes, mais dont la justice échappe à la pensée humaine ; et en partie des choses qui deviennent justes en vertu de l'institution divine »). La difficulté, évidemment, est le passage de la loi divine à la loi naturelle : qui donc peut garantir que la loi divine est connaissable et qu'elle propose tel contenu ou tel autre ? Il faut alors faire confiance, *cum fides* ; la foi, celle du charbonnier.

Le XIII^e siècle, en revanche, assistait à l'émergence d'un **droit naturel véritablement laïc**, un idéal individuel assis sur la volonté humaine. Le *nominalisme* franciscain de Guillaume d'Occam et de Duns Scot en est ainsi le ferment. Si saint

Thomas est un humaniste, les franciscains seraient des intégristes, au sens où ils se rattachent à l'augustinisme, aux Écritures saintes, et point aux « écrits païens », au rebours de saint Thomas.

C'est la fameuse « querelle des universaux » faisant revivre Diogène qui, contre Platon, se promenait nu en disant « je cherche un homme », l'idée d'Homme (et le rencontrant lui demandait : « qu'est-ce qu'un homme ? », réponse de Platon : « c'est un animal vivant sur deux pattes, sans poil », et Diogène de revenir avec une poule : « voilà un homme »). De la même manière, saint Thomas, comme Platon, fonde des universaux, des généralités, l'idée ou le concept d'homme, de citoyen, de femme, etc., les genres et les espèces. À un universel (ou une idée) « homme » qui est réel (d'où la qualification de « réaliste » de la thèse thomiste) correspondent des substances secondes, les genres, les hommes, et des substances premières, les individus, Jacques ou Jean. Le monde est un ordre avec des classes de choses (les causes formelles) et des natures (les causes finales) et des relations *finalisées*, entre les hommes. La liberté de l'homme est donc soumise au précepte divin, à cet ordre : l'être d'une chose est son devoir-être, son bien, lequel est abstraitement (et il faut des qualités d'abstraction hors normes pour être thomiste), établi par les fins et les natures. Pour les nominalistes, c'est l'inverse, tout est singulier : il serait invraisemblable que la toute-puissance divine soit ainsi bridée par de simples catégories. Il n'y a pas d'idée de cheval mais un cheval ou un autre. Il n'y a pas d'« homme », mais Jacques ou Pierre qui seuls sont réels et, de la même manière, les actes des hommes ne sont pas conditionnés : ils sont bons, car guidés par l'amour de l'autre, ou mauvais (selon les commandements divins) et donc des pêchés, il n'y a pas de nature de l'homme, pas de fins. Les mots, les noms (d'où la logique du « nominalisme », mais qui ne serait pas réelle pour Occam) ne sont que des signes pas des signifiants. L'homme est libre, y compris de se comporter de manière mauvaise : cette admission, celle de la liberté, est, pour le droit (et pour le christianisme), une évolution majeure. Et cette question est (re)devenue d'une actualité majeure depuis que la philosophie analytique de Bertrand Russell ou de Wittgenstein est réhabilitée, contre le positivisme teinté de naturalisme ambiant (se disputant d'ailleurs le terme « réel » : saint Thomas est réaliste mais serait idéaliste au sens grec et la philosophie analytique se rattache au réalisme moderne). Au-delà des controverses théologiques (Occam subit un procès à la Cour de Rome), le nominalisme emporte le rejet du droit naturel et le regard sur le seul droit positif, il est la transition avec le droit moderne et le positivisme, le rationalisme et l'individualisme.

46. - École du droit naturel. Plus tard, au xvii^e siècle, des rationalistes dégagés de la référence à la loi divine ont appréhendé différemment le droit naturel, en une conception dite *rationnelle* ou *moderne* qui résulte des progrès scientifiques (marginalisant le divin, le magique, et « désenchantant » le monde) et permettant de mieux comprendre la nature, ce qui a une incidence majeure sur les hommes, et donc sur leur droit. Que s'est-il donc passé entre-temps ? Les guerres de religion qui ont vu s'affronter les peuples au nom d'idées, de vertus, toutes portées haut par leur héraut. Pour y faire face, il s'agissait alors de proposer une conception du monde non éloignée de Dieu, mais élaborée sur l'observation du monde, la Raison. Ce sera d'ailleurs, avec les lumières anglaises, le point de départ du libéralisme.

Grotius (Hugo de Groot, dit Grotius, 1583-1645, *Du droit de la guerre et de la paix*, 1625), Pufendorf (*Du droit de la nature et des gens*, 1672) fondèrent ce que l'on appela l'École du droit naturel, à la base du Droit des gens, c'est-à-dire du droit international et du droit naturel comme fondement du droit, sur la base d'un droit de la guerre, visant à la réguler et l'humaniser. Un droit des Gens, c'est déjà un droit des Hommes, et la reconnaissance des droits individuels, de la souveraineté individuelle sur soi-même. C'est un droit « naturel » qui n'a plus rien à voir avec le droit naturel grec, augustinien ou thomiste mais fondé sur la Raison. Descartes est

passé par là et a confirmé les présupposés du nominalisme : l'ordre divin est un désordre, la terre est ronde et tourne autour du soleil. La nature dont il est fait alors appel est la nature de l'homme, sa connaissance et sa raison. Cette « loi naturelle » est en même temps teintée de religiosité (Descartes se garde bien de critiquer Dieu et l'Église, alors que toute son œuvre y conduit, de peur que ses livres soient placés à l'*Index*), et c'est d'ailleurs cette loi naturelle à laquelle il est fait appel pour cesser les querelles religieuses et de retrouver sur des fondements communs, le libre arbitre, l'inviolabilité de la personne et qui aboutira à la proclamation des droits de l'homme qui sont, dans leur expression comme dans leur fondement d'essence chrétienne.

47. - Les Lumières anglaises. L'une des évolutions majeures de la philosophie du droit (surtout public), dont les conséquences sont essentielles puisque, et l'on verra comment, elle divise aujourd'hui les doctrines et pratiques juridiques dites « anglo-saxonnes » ou plus exactement d'essence protestante, et celles du continent ou de tradition romano-germanique, repose sur une incompréhension autour de l'idée de contrat social, celui de Hobbes (1588-1679) et celui de Rousseau. Dans les deux cas, c'est toujours le même problème qui est posé : quel est le meilleur gouvernement pour les hommes, avec, comme à chaque évolution de la philosophie, un changement de modèle, fondé sur la liberté, dite « liberté des modernes ».

Le modèle est fondé sur les principes dégagés à la base de l'individualisme, communs à tous les penseurs des ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles. La querelle des universaux, le nominalisme, la Réforme, le cartésianisme ont permis une considération tout à fait nouvelle : l'homme est libre, il est libre de ses pensées, de ses actions, il est *propriétaire* de lui-même, *souverain* sur lui-même, son corps, ses pensées, ses actions, ses sensations, sa vie. C'est une idée qui nous paraît assez naturelle mais qui est alors très nouvelle.

Seulement, et c'est l'obstacle diviseur, l'homme est aussi égal aux autres. Or cette égalité, à l'état de nature, se décline de deux manières. D'une part, il dispose d'un égal appétit au bonheur, aux passions, aux richesses, au confort, il dispose de craintes et de désirs égaux, donc. D'autre part, il dispose d'une égale capacité à les assouvir. Par conséquent, l'individualisme, c'est la guerre (*homo homini lupus*) : chacun désire légitimement ce qui est bon pour lui, craint également la mort, chacun essaie de trouver ce qui lui fait du bien et chacun est seul juge des moyens nécessaires pour y parvenir, les alliances, les ruses, les conflits, qui au final, aboutissent à la destruction. La guerre détruit, déshumanise, régresse, etc. ; il convient de l'éviter. Aucune hiérarchie particulière et en tout cas insurmontable ne peut justifier des priorités. Aussi, toute la question est de savoir comment éviter cette guerre.

Hobbes indique une voie, le principe d'égalité permet tout accord, toute coopération. Donc, les hommes, en renonçant à une partie de leurs désirs, transfèrent une partie de leur souveraineté, par le contrat social, et s'en remettent à un souverain, le *Léviathan* (1651), bon, juste et généreux (Charles II d'Angleterre, un protestant, dans son esprit et certainement pas un Stuart, catholique) qui sera chargé d'apporter les lois civiles et fera régner l'ordre de manière absolue : c'est une autre forme de théorie de l'absolutisme, contractualiste, et non fondée sur la religion ou sur la tradition. L'état de nature fait ainsi place à l'état civil, par la construction de l'État. Cela étant, cet état est artificiel, et non plus naturel, comme il pouvait l'être chez Platon et par ailleurs établi par contrat. En outre, le droit devient « moderne », conçu comme le commandement appuyé par la menace d'une sanction ; la loi est l'expression de la volonté du souverain en ce qui concerne le juste et l'injuste, fondement du positivisme juridique mais aussi du libéralisme car il détermine les limites du pouvoir ; des droits sont inaliénables, tout ce qui n'est pas interdit est permis et, enfin, la résistance à l'oppression.

Locke (1632-1704), dans son traité du gouvernement civil, formule une hypothèse à partir des mêmes fondements (mais plus en accord avec Descartes, l'ennemi de Hobbes). Les hommes sont libres et égaux, aucun homme n'est soumis par

nature (divine) à un autre homme, aucun ne détient d'autorité particulière et tout homme doit respecter la vie, la liberté, les biens d'autrui et doit s'efforcer de mener une vie paisible, de respecter et exécuter les contrats. Dès lors, et contrairement à Hobbes, il n'envisage le pouvoir politique que de manière limitée en ce sens qu'il lui est impossible de heurter la liberté des individus et encore moins d'atteindre à la sécurité des transactions ou à la propriété, laquelle est le résultat du travail (curieuse prémonition de la force de travail de Marx). Le contrat social de Locke est donc limité à cet objet, soumis aux lois de nature, universel, contrôlé par les individus et des institutions distinctes (c'est le ferment de la séparation des pouvoirs), suppose l'acceptation de la diversité et donc de la tolérance (*Essai sur la Tolérance*) et surtout justifie le droit fondamental à la résistance contre les abus du pouvoir, conception très protestante d'ailleurs (Calvin : « Lorsque les lois sont injustes, les séditeux ne sont pas ceux qui les violent mais ceux qui les font »).

48. - Les Lumières écossaises. Ces questions, à l'origine d'un droit naturel, d'essence religieuse, mais totalement distingué des conceptions du droit naturel antérieur car la lumière est placée d'abord sur l'individu, sont ensuite reprises par trois auteurs, les plus importants de ceux que l'on a nommés les Lumières écossaises, David Hume, Adam Smith et Thomas Reid.

Hume (1711-1776) se distingue des précédents en ce qu'il réinvestit le nominalisme (les perceptions sont individuelles), pose la thèse de l'induction (par laquelle nous pouvons penser que le futur sera parce que le passé a été, ce qui ne peut jamais être démontré : on peut lâcher une pierre, elle tombe, cela ne signifie pas que si on la lâche encore, elle tombera à nouveau), réfute l'idée de causalité et enfin repose le problème des passions (l'orgueil, l'humilité, la cupidité) et de la morale, qui le conduit à admettre que la morale suppose la société, laquelle suppose une convention. Or la convention est impensable pour l'homme à l'état de nature, de sorte qu'il considère que la convention est considérée comme avantageuse parce qu'il y trouve quelque chose de plus, la protection de sa propriété, la protection des contrats qu'il conclut, assurée par la collectivité. Par conséquent, l'origine des règles de justice et les raisons qui déterminent à tout homme d'attribuer à l'observation de ces règles un sens moral, ou ce qu'il considère comme un sens moral, est tout simplement la perception de soi-même, de ses intérêts, son égoïsme et de sa sympathie à l'égard d'autrui.

Cette perception du bilan coût/avantage d'une coopération, d'une convention, est une avancée exceptionnelle car elle permet de se passer du monarque absolu ; elle fonde globalement le système américain. Elle sera d'ailleurs théorisée ensuite par la fameuse *théorie des jeux* et le dilemme du prisonnier. Un saut en avant de quelque cent cinquante ans permet de le modéliser sous la forme de la *théorie des jeux* et notamment du *dilemme du prisonnier* théorisé par Melvin Dresher et Merrill Flood, puis par Albert W. Tucker, sous la forme d'une histoire. Deux suspects d'un crime sont arrêtés par la police, sans que les preuves nécessaires pour les inculper soient rassemblées. Ils sont donc interrogés séparément et la même offre leur est faite : « Si tu dénonces ton complice et qu'il ne te dénonce pas, tu seras remis en liberté et l'autre écoperà de dix ans de prison. Si tu le dénonces et lui aussi te dénonce, vous écoperiez tous les deux de cinq ans de prison. Si personne ne se dénonce, vous aurez tous deux six mois de prison ». Le dilemme se présente sous la forme d'un tableau où chaque « peine » est une « utilité ».

A B	B SE TAIT	B DÉNONCE A
A SE TAIT	(1/2; 1/2)	(10; 0)
A DÉNONCE B	(0; 10)	(5; 5)

Chacun des prisonniers est isolé et réfléchit en fonction de son intérêt et de celui de son complice. Il est évident que chacun veut éviter la prison, donc a intérêt à dénoncer l'autre sans être dénoncé, mais comme chacun raisonne de la même manière (en principe), il en résulte que le choix de l'un se fait *en fonction du choix de l'autre* : s'il me dénonce, je fais dix ans si je me tais, et cinq ans si je le dénonce et s'il ne me dénonce pas, je fais six mois si je me tais et je sors si je le dénonce. Comme chacune des branches est inconciliable, il en résulte que l'intérêt de l'un est maximisé s'il dénonce l'autre : chacun fera cinq ans, alors que s'il y avait eu coopération, les utilités auraient été maximisées, chacun aurait pris six mois. Comme le jeu est à somme non nulle, il en résulte que le profit maximal est supérieur à celui qui résulte d'une coopération, qui est supérieur à celui d'un comportement égoïste. Cet exemple s'applique, notamment, aux relations diplomatiques, aux conditions de garde à vue, bien entendu, au droit de la concurrence, aux contrats de longue durée, aux relations de couple, etc. Le modèle a bien entendu progressé, soit vers une extension de la théorie des jeux (hypothèse du passager clandestin, des jeux à somme nulle, de l'information incomplète, de l'information asymétrique, etc.), dans le cas des stratégies issues de la répétition de la situation (R. Axelrod), ou dans son inversion et le jeu de la « poule mouillée ».

Adam Smith (1723-1790), notamment connu pour son *Traité sur la richesse des nations*, l'est également pour sa *Théorie des sentiments moraux*, ouvrages dans lesquels, outre les bases de l'économie classique, se trouve surtout la confirmation des propos de Hume à savoir que la richesse des nations, fondée sur la coopération, la sécurité des contrats qui assure un équilibre entre les offrants et les demandeurs, grâce à cette fameuse main invisible, assure une prospérité qu'aucune guerre ne pourra permettre d'égaliser. Entretenir une guerre pour devenir riche est ainsi moins rentable que la coopération, le commerce, affirme Benjamin Constant.

En résultent les bases de la philosophie libérale anglaise et protestante, l'idée que l'ordre social est artificiel et non pas naturel, qu'il est fondé sur la coopération et donc l'autorégulation, ce qui ne signifie pas qu'il soit arbitraire, tout au contraire, assimilation que les rationalistes (français en général), ont beaucoup de mal à admettre, sur les passions et les intérêts, donc les gains et le profit, fondements de la liberté des modernes : enrichissez-vous pour résoudre le problème posé par Hobbes de la guerre entre les hommes. Animés par la même passion de pouvoir et la même capacité à l'assouvir, les hommes sont donc enclins, de manière autorégulée, à favoriser des choix correspondant à la satisfaction de leurs intérêts (le marché : c'est, en gros, le fondement de l'Union européenne en 1957), cette passion compensatrice fondant un ordre spontané (selon Hayek) qui assure les règles du jeu : les lois et la morale, lesquels, de manière circulaire, assurent la cohérence du marché. C'est le principe d'Utilité, l'utilitarisme, associé au libéralisme et à l'État de droit. Un principe *réaliste*, qu'illustre par exemple la *Fable des abeilles* de Mandeville, « les vices privés font le bien public » : l'esprit de lucre favorise la richesse de tous. On trouve alors théorisé l'utilitarisme, celui de John Stuart Mill et préalablement celui de Bentham : la liberté assure la maximisation du bonheur, des plaisirs en ce sens qu'il estime que toute action cherche à assurer la maximisation du bien-être du plus grand nombre, par une pesée des inconvénients, des peines et des profits ; maximisation exprimée par le surplus de plaisir sur la peine, avec toute une gradation des plaisirs (durée, intensité, pureté, certitude, proximité, étendue, fécondité). Cela suppose un État, démocratique, proposant des lois qui assurent la possibilité de maximiser ces plaisirs et donc, assure un certain revenu aux personnes, garantisse leur sûreté, encourage la croissance économique, propose la redistribution des richesses, etc., sanctionne les excès. Ce faisant, un acte, une règle, ne sont envisagés qu'en fonction de leurs conséquences, ici exprimées sous forme quantifiée, et non point à l'aune d'une règle morale. L'utilitarisme est ainsi l'ennemi du droit naturel et plus précisément

des principes *déontologiques* qui supposent d'évaluer la portée d'un acte ou d'une règle avant qu'ils aient lieu et sur une base morale : « Par *principe d'utilité*, on entend le principe selon lequel toute action, quelle qu'elle soit, doit être approuvée ou désavouée en fonction de sa tendance à augmenter ou à réduire le bonheur des parties affectées par l'action. (...) On désigne par *utilité* la tendance de quelque chose à engendrer bien-être, avantages, joie, biens ou bonheur » (J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789) et qui se décline en utilitarisme hédoniste, celui de Bentham, ou économique, principalement. Par exemple, si je vois un crime se réaliser, que dois-je faire ? Un utilitariste hédoniste pensera en termes de *coûts de l'acte* : si je ne l'empêche pas, selon mes moyens ou si je ne le dénonce pas, et inversement, puis de *la règle* : que penser de la règle qui sanctionne la non-dénonciation de crime ?

Le libéralisme trouve ensuite sa consécration avec Montesquieu qui apporte une réponse institutionnelle, *via* la notion d'*État de droit*. En résulte également une donnée nouvelle, celle de la prise en compte des *émotions*, dites « passions » par les philosophes de l'époque, de Hobbes à Descartes ou Spinoza, souvent basiques, comme la surprise, l'envie, la culpabilité, l'orgueil, la joie, le dégoût, la peur, etc., et auxquelles Freud ajoutera les aspects sexuels, les frustrations, le désir, émotions qui conduiront, alors, à une critique de l'universalisme, voire de l'idéalisme ou en tout cas de la prise en compte de sa relativité. En même temps, et pour ajouter un peu de complexité, ces émotions, ces passions seront combattues par d'autres passions, l'empathie, la pitié, le sens moral, la vertu chez Rousseau, permettant de dessiner deux conceptions de l'ordonnement de la raison humaine et qui opposent fondamentalement les modernes anglais des modernes français.

49. - Les Lumières françaises. En France, l'idée de contrat social, des Lumières, est associée à l'œuvre de Rousseau. Pour Rousseau, la solution au problème de base de l'homme à l'État de nature et son passage à la société civile est inversée : l'amour de soi incline à la conservation, tandis que l'amour-propre, une sorte d'orgueil, est factice et produit par la société. La société corrompt donc l'homme, bon à l'état de nature. C'est donc la société qu'il faut changer pour éviter la guerre entre les hommes, alors que chez les Anglais, la sociabilité, la coopération naturelle assurent l'obéissance (ou la résistance) aux lois. On retrouve alors, la Cité idéale, celle qui fonde les libertés et les garantit. C'est la Cité, qu'on l'appelle Convention, Empire ou République, qui est le centre de cet élément de développement de l'homme et la forme la plus achevée de Vertu est la participation au Bien public, le service de l'État, le service public. Il est d'ailleurs, pour se faire une idée de la différence d'avec le système de pensée anglo-américain, intéressant de se figurer l'image de la réussite sociale, le fonctionnaire, celui qui se met au service de l'État en France et certainement pas le marchand, le financier. La Vertu contre les Passions (« *conatus* » de Spinoza, peur de la mort de Hobbes, empathie de Hume et au final, le bonheur, le bien-être). La vertu républicaine contre les passions et les intérêts des bourgeois (doctrine pas très éloignée du monarchisme) qui explique, entre autres, le retard de la seconde industrialisation, tandis que Tocqueville critique cette démocratie des intérêts américaine. Ce droit naturel-ci est plus laïc que le précédent et, d'ailleurs, plus concret. Le droit naturel, le juste, se découvre par la raison humaine, placée au service de la Cité (C. civ., art. 1^{er} [projet] : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes »). En même temps, le produit de l'analyse rationnelle résultant de la considération de l'homme, le droit naturel qui en résulte est nécessairement immuable et universel. Par ailleurs, il en résulte que la volonté, caractère fondamental de l'être humain, joue un rôle essentiel dans la détermination du droit, ce qui conduit à l'analyse centrale du contrat, chez Rousseau notamment, comme fondement du caractère obligatoire de la règle de droit (et le peu de place

à la résistance à la loi injuste, qui ne se peut), *y compris contre la liberté individuelle* pourvu qu'elle soit au service de la Cité.

Très influencée ensuite par les encyclopédistes, cette école (Domat, Pothier) estimait que le droit se réalise par la raison et non par la simple observation des choses ou par la révélation divine. Le droit naturel apparaît alors comme une recherche empirique et rationnelle du juste vers lequel doit tendre le droit positif. La Déclaration des droits de l'homme de 1789, comme celles qui l'ont suivie, en sont une déclinaison comme des règles beaucoup plus banales du droit civil : la place du droit de propriété, les règles du droit des contrats par exemple. La référence au juste, à l'équité, est ainsi envisagée comme devant corriger les imperfections de la règle positive (V. *infra*, Ch. Albigès) : « Sortir de la Législation, pour rentrer dans le Droit » pour reprendre une célèbre formule hugolienne. Cette fondation de la conception française n'exclut pas un certain scepticisme, chez Voltaire par exemple (*Dictionnaire philosophique*, V° *Des lois* : « Je me complaisais à penser qu'il y a une loi naturelle, indépendante de toutes les conventions humaines : le fruit de mon travail doit être à moi ; je dois honorer mon père et ma mère ; je n'ai nul droit sur la vie de mon prochain et mon prochain n'en a point sur la mienne, etc. Mais quand je songeais que depuis Chodorlahomor jusqu'à Mentzel, colonel de hussards, chacun tue loyalement et pille son prochain avec une patente dans sa poche, j'en fus très affligé »), ou Montesquieu, plus admirateur du modèle anglais (*L'esprit des lois*, L. 1, chap. 3 : « La loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que des cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre ») ou Pascal (*Pensées*, 294, éd. Brunschvicg : « On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence ; un méridien décide de la vérité ; en peu d'années [...] les lois fondamentales changent ; le droit à ses époques [...]. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà [...]. Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les lois vertueuses. Se peut-il rien de plus plaisant qu'un homme ait droit de me tuer parce qu'il demeure au-delà de l'eau et que son prince a querelle contre le mien ; quoique je n'en ai aucune avec lui ? De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente ; et c'est le plus sûr : rien suivant la seule raison n'est juste de soi. Tout branle avec le temps »).

Quel qu'il soit, de modèle anglais ou français (et le modèle anglais s'affirmera finalement en France à compter de la Monarchie de Juillet), le libéralisme rencontre des oppositions (Carl Schmitt) car le modèle du marché ou des sentiments moraux ou celui de la Cité idéalisent soit une coopération utopique, soit une cité idéale qui ignorent les phénomènes de domination et les évolutions sociales, le « social » d'une manière plus générale. L'ensemble fonde une théorie du bien public et du bien privé, l'un étant en rapport étroit avec l'autre, l'un supposant un État de droit et donc une coercition et l'autre la défense de la propriété, du contrat, de la famille : le Code civil convenait merveilleusement pour ce dessein.

50. - Le renouveau du libéralisme. La pensée libérale a subi le choc du positivisme étatique et sociologique, et surtout du courant social qui emportait en lui-même la critique majeure du libéralisme comme ignorant précisément le corps social et les « victimes » du libéralisme. En même temps, le socialisme s'est, en théorie ou en pratique, confondu avec le totalitarisme au xx^e siècle, de sorte que le renouveau de la démocratie a pu concorder avec celui du libéralisme, avec le libéralisme dit social, de Keynes notamment et le *Welfare State* du New Deal ou le modèle dit « rhénan », franco-allemand, ou le socialisme libéral de Carlo Rosseti, cherchant à

équilibrer le combat pour l'égalité et celui pour la liberté. En France, ces mouvements ont concordé avec la crise de l'interprétation et son renouveau, avec des auteurs comme Saleilles, Demogue ou Gény (V. *infra*, n° 194), sans réussir cependant à dépasser le stade du simple constat qu'il fallait trouver un moyen d'instiller un peu de social dans l'interprétation des lois, du Code civil et son libéralisme. Deux résultats majeurs, au milieu du xx^e siècle, des penseurs issus de l'École économique, comme Hayek, professent un retour à des règles naturelles : le droit est ainsi « plus ancien que la législation » (V. *infra*, F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, 1994 ; comp. J. Rawls, *Théorie de la justice*, op. cit.), dérivant d'un ordre spontané qui initie la règle et non imposé par la règle étatique. Le second résultat majeur est le renouveau du libéralisme démocratique de John Rawls et sa *Théorie de la Justice* (1971), penseur de gauche, influencé par le combat pour les droits civiques, le refus de la guerre du Viêt Nam, etc., dans les années 1960. Rawls assure un renouveau de la pensée libérale en assurant une forme de consensus : le libéralisme est fondé sur la culture de la justice mais est anti-utilitariste, il suppose un État de droit et, ce faisant, impose la discussion, en justice (devant les tribunaux) de tous les arguments recevables, il suppose la défense de la liberté mais dans l'égalité. C'est, en quelque sorte, le credo du parti démocrate américain et l'élément fondateur de la social-démocratie moderne (de type anglo-saxon).

51. - La croisée des chemins : les Allemands Kant, Hegel, Heidegger. Emmanuel Kant au xviii^e siècle a représenté un tournant dans la pensée philosophique moderne, en premier parce que Kant assure une rupture fondamentale avec les écoles précédentes, lesquelles fondent des compréhensions du monde, multiples sans doute mais qui, de Descartes, le rationaliste, à Hume, le sceptique, débattent de la preuve de l'existence de Dieu, comme un absolu présenté comme une « garantie ». Or, pour Kant, l'existence de Dieu est indémontrable et, ce faisant, il est conduit à un renouvellement de la présentation de la philosophie, y compris juridique. C'est ainsi par exemple que la morale correspond à un « impératif catégorique », imposé et non choisi.

On peut mesurer cette différence par la question de la représentation, notion essentielle et qui se distingue en quatre questions. Ainsi, je peux avoir conscience de moi-même (sujet) ou d'une chose (objet) et chaque fois, je peux distinguer, selon la chose que je me représente en moi-même, comme un phénomène (en moi) ou telle qu'elle est réellement (en soi) y compris moi-même, me représenter en moi-même (en moi) ou de manière extérieure (en soi). Si je me représente une chose, une table par exemple, comment être certain que la représentation que j'en ai (en moi) est identique à son réel (en soi) ? La question devient plus complexe pour une notion, la vérité, la justice, voire pour Dieu. Les modernes considéraient ainsi que la représentation en soi d'une chose est fondée par la garantie divine. Pourquoi la représentation du jaune, d'une table, de la Justice que je me fais est réelle ? Parce que Dieu existe, pour résumer. D'où la question essentielle de la preuve de l'existence de Dieu. Or, pour Kant, la représentation de Dieu (en nous) ne peut être garantie : comment savoir ce qu'est Dieu en soi, sinon par l'axiome de l'existence de Dieu ? Par conséquent, Kant considère que la garantie de la correcte représentation d'une chose, d'une notion, en soi, repose sur le commun entendement. La Justice, la vérité, les choses, ne sont donc pas ce qu'elles sont parce que Dieu le pose, mais parce qu'une majorité de représentations sont communes. Il n'y a donc pas d'absolu, mais des jugements, ce qui sera encore accentué par Nietzsche (qui ne s'intéressait pas au droit), qui considère qu'il n'y a pas de vérité absolue, même par commun entendement, mais simplement des vérités particulières, supposant alors une force de caractère vertigineuse pour faire la distinction entre les représentations particulières et universelles et c'est, à bien des égards, la conception du juge surhomme de Dworkin par exemple, mais surtout supposant l'absence de vérité ou de justice en tant que telle, des positions,

des jugements. Appliqué au droit, ce relativisme considère donc que les jugements particuliers ne sont que des expressions du langage, ici juridique. Le droit est ainsi fait d'*expressions langagières normatives* et surtout *discutables*.

Ce renouvellement situe la pensée kantienne au tournant du droit naturel et du positivisme, la fin d'une conception de la raison comme une transcendance (le droit serait une révélation divine) mais davantage comme une relation immanente et humaine, forgée sur la raison réflexive. La pensée de Kant est cependant difficile et peut-être est-ce dû à la fameuse « guerre des facultés » qu'il a instaurée : la question *quid jus* (qu'est-ce que le droit) appartenant aux juristes, sous-entendu de terrain, et la question *quid juris* (pourquoi le droit) relevant des philosophes, sous-entendu des penseurs, éventuellement idéalistes ou romantiques. En même temps, la présentation de la philosophie, dont celle du droit comme « rationnelle », comme une « raison pure » exclut tous les éléments extérieurs comme les faits sociaux, l'histoire, la nature des choses, les fins du droit. Il existe selon Kant un système de droit général, des lois supérieures si l'on veut, dont l'existence est reconnue par la raison, peu important qu'une législation existe ou non. Ce droit est selon Kant immanent, c'est-à-dire qu'il s'impose aux hommes par eux-mêmes, mais sans être transcendant, c'est-à-dire imposé par Dieu. En ce sens, Kant peut passer pour un philosophe du droit naturel, dans la mesure où d'après lui le droit positif s'inspire du système découlant des principes de la raison pure, et comme un positiviste dans la mesure où, en toute hypothèse, le juriste doit se soumettre aux lois positives, appliquer les règles du code sans se soucier de leur bien-fondé (ce n'est pas de son ressort mais de celui des philosophes) : le droit ou la justice sont donc synonymes, dans la mesure où les absolus que sont la vérité ou la justice sont inconnaisables selon le criticisme kantien.

Chez Hegel, le rapport au droit est encore plus présent (*Principes de la philosophie du droit*, 1821), ce qui est chose rare. La grande différence avec Kant tient au fait que pour Hegel, les absolus sont connaissables. C'est le sens de la fameuse formule « tout ce qui est réel est rationnel, tout ce qui est rationnel est réel ». La pensée, dont les absolus comme la justice ou la vérité, sont dans l'être, donc rationnels et réels. Il n'y a plus de distinction entre droit naturel et droit positif : tout est imbriqué (comme dans le droit moderne ; V. *infra*, n° 61). L'histoire, les faits sociaux, les idées sont rationnels et réels.

52. - La critique du libéralisme et le pluralisme juridique. À la croisée des ^{xix}e et ^{xx}e siècles, le « fait social », le « social », sont devenus des éléments majeurs de critique du droit, impliquant l'avènement du réalisme juridique ou de la sociologie. C'est à ce moment que l'École de l'exégèse a commencé d'être critiquée, en tant qu'elle assurait par trop l'ordre juridique libéral établi ou oublieux d'un corps social « victime » de ses excès : les pauvres, les ouvriers, les enfants, les femmes, puis les consommateurs, les patients, les passagers, les victimes d'infraction, les victimes d'accident, etc. Une opposition majeure apparaît entre une conception fondée sur l'individualisme légal d'alors et la prise en compte du social. Deux critiques de type différent apparaissent alors. L'une, qu'on considérera comme de gauche, fonde une critique radicale du droit existant et appelle à l'éradication de la bourgeoisie par la révolution. Une autre appelle, avec plus ou moins de force, soit à la préservation du système tel qu'il est, soit à sa sauvegarde par la « socialisation » du droit (V. *infra*, J. Charmont, *La socialisation du droit : Rev. métaphysique et morale* 1903, p. 380) voisine de l'idée de « matérialisation » du droit de Max Weber, afin de le rendre plus compréhensif, plus adapté à ces faits sociaux. C'est alors qu'apparaissent les travaux de Gény (1899), de Saleilles, de Demogue, appelant à une nouvelle approche du rôle de juger, par exemple pour reconnaître l'abus de droit, l'abus du droit de licencier essentiellement, l'élargissement de la mécanique de la responsabilité, etc. Nous pourrions voir que, ce faisant, les juristes français engagèrent un débat qui

fut, outre-Atlantique, à l'origine du réalisme américain (V. *infra*, n° 59). C'est ainsi que l'arrêt *Teffaine*, en 1896, reconnaît le principe de la responsabilité du fait des choses, dans le cas de ce qu'on appellera plus tard un accident du travail et une loi apparut ensuite en 1898, et ainsi de suite, par une série d'avancées jurisprudentielles ayant presque toujours un temps d'avance sur le législateur, encore aujourd'hui, comme dans l'affaire *Perruche* (V. *infra*, n° 231). C'est essentiellement en matière de responsabilité que cette évolution fut la plus remarquable, faisant basculer ce droit d'une conception morale, fondée sur celle de faute, à une conception économique, fondée sur celle de risque et de détermination du patrimoine en charge de la réparation, préparant l'industrie de l'assurance. En découlaient l'idée de *solidarité*, chez Durkheim et surtout chez Léon Bourgeois. En découle alors une pression collective, sous la forme des syndicats (1884), des sociétés de secours mutuel (1898), puis des associations (1901) dont les rapports avec l'État intéressaient des juristes comme M. Hauriou ou Léon Duguit, avec pour conséquence en droit privé, la célèbre question de la fiction ou de la réalité des personnes morales (V. *infra*, n° 236), ces derniers, comme Georges Gurvitch prônant la seconde thèse, selon laquelle la question de l'existence d'un groupe social licite ne peut pas dépendre de la loi, mais également la remise en cause d'une conception individualiste du droit. Duguit, fondant la destruction des droits subjectifs au profit de la fonction sociale des droits, le droit objectif donc, et surtout Hauriou, laisseront une trace à travers la théorie de l'institution, l'*institutionnalisme*, critiquant les droits subjectifs notamment. L'État est une institution parmi d'autres, et c'est au sein de ces institutions que se réalisent, se produisent des règles de droit. En résulte l'idée de pluralisme juridique, ce qui pose le problème de la hiérarchie des institutions au profit de l'autorité de l'État. Un Italien, Santi Romano, développera la question en envisageant l'institution non plus simplement comme un pôle émetteur de règles, mais comme un véritable ordre juridique. Le pluralisme est un pluralisme d'ordres juridiques concurrents (État, l'Église, diverses entreprises, une institution internationale, etc.). Pour Gurvitch, en revanche, qui s'inscrit dans la logique sociologique, le fondement du droit doit être trouvé non dans la loi mais dans le fait normatif, l'expérience vécue au sein d'un groupe, d'une institution et fondait l'idée de Droit social, au sens d'un droit organisé avec une autorité incarnant une valeur, fondement très proche de l'*institutionnalisme* d'Hauriou. C'est par exemple ce qui fonde l'autorité du dirigeant d'un club sportif, l'instauration de règles particulières en son sein, elles-mêmes organisées au sein d'une fédération, etc.

2 - Les positivismes

53. - Présentation. Le XIX^e siècle, siècle du succès de la codification française, de la résistance allemande à celle-ci par l'école historique allemande et enfin du libéralisme en action, c'est-à-dire de l'Angleterre triomphant de la France à Waterloo et le Congrès de Vienne de 1815, est le siècle du positivisme, largement préparé par les philosophes du siècle précédent, soit par une forme de la fin de la philosophie naturelle par « positivation » dans le Code civil, porteur des idéaux de la Révolution, soit par un rationalisme achevé hégélien. À l'inverse des jusnaturalistes, les positivistes estiment que le droit se justifie en lui-même, parce qu'il existe et qu'il est légitime pour celle seule raison. Or, il le serait en ce qu'il procède des autorités en charge de produire, légalement, les règles de droit ou bien parce qu'il est en correspondance avec un certain état de l'histoire, de la sociologie, et des mœurs, parce que le droit parfait et idéal n'existe pas et que sa recherche est vaine.

Plusieurs courants animent cette doctrine, le positivisme étatique, le positivisme historique, ce que j'appelle le positivisme nostalgique, le normativisme, très dominant en droit public ou en droit constitutionnel, le positivisme sociologique ou utilitariste, le réalisme, etc., la grande différence portant sur deux conceptions différentes que

l'on peut résumer ainsi : soit le droit repose sur des critères formels, soit il repose sur des critères factuels. Dans le premier cas, est droit ce qui est prévu comme devant être droit et repose sur des conceptions logiques, dont le normativisme est l'aboutissement. Dans le second cas, est considéré comme droit ce qui relève de l'expérience, indépendamment de tout critère formel, par l'acceptation, l'application ou la réalité sociale, voire la légitimité (question relevant de l'idée de justice, ce qui montre à nouveau que, entre positivisme et naturalisme, les liens ne se sont jamais rompus).

54. - Positivisme étatique. Le **positivisme étatique** ou impératif, justifie le droit en ce qu'il naît de l'État. Selon les utilitaristes, comme Jeremy Bentham ou John Austin, le positivisme est la déclinaison du droit naturel moderne. À partir du moment où l'on a compris quel était le meilleur système de gouvernement, il en résulte des lois qu'il convient de connaître et d'appliquer. Ainsi, l'utilitarisme de Bentham considère que le fondement du système juridique est le commandement et la sanction. La loi, même considérée comme injuste par certains à qui elle est appliquée, doit être respectée parce qu'elle est la loi, tout simplement : *dura lex sed lex*. C'est aussi une imputation, une relation de cause à effet, qui implique des obligations, des interdictions, des permissions, des abstentions, qui révèlent, ensemble, les droits subjectifs, les droits de chacun. Dans cette conception, le droit subjectif n'est pas inhérent à la personne, comme le considéreraient les tenants du droit naturel, mais résulte de la loi. La loi procure une liberté, un droit, et le garantit, ou l'ôte, sans qu'il y ait à se soucier du caractère juste ou injuste de ce droit, cette question n'a pas de sens : le droit positif est.

55. - Le positivisme historique. Jhering (1818-1892), un juriste allemand, en réaction contre les avancées napoléoniennes et donc contre la doctrine universaliste que le Code civil véhiculait, qui cherchait à fonder l'unité de l'Allemagne, considérait que le droit est nécessairement contraignant et que la contrainte est nécessairement étatique. Il fait suite aux travaux de Savigny qui pour la même raison, est le fondateur de l'École historique allemande : le droit est le produit d'une culture, d'une histoire, avec des coutumes, issues du droit romain. Mais pour Jhering, cette évolution est trop lente et donc, sur cette base, il considère, en outre, que le droit est alors un combat, le *combat pour le droit* : « le droit n'est pas une idée logique mais une idée de force », le résultat d'un rapport de force (Jhering admire Bismarck) qui ne peut résulter que de l'État. À l'inverse et en même temps de façon coordonnée, la conception marxiste du droit le présente comme le produit d'une classe dominante, le résultat, à un instant « t » du rapport de force produit par la classe dominante, la bourgeoisie, qui confisque la valeur travail au prolétariat ; ce droit est donc appelé à disparaître avec la disparition des classes sociales et l'apparition du communisme, ou bien à être remplacé par un nouveau droit issu d'un nouveau rapport de force.

C'est précisément dans cette logique que s'inscrit la conception marxiste du droit : « dans la production sociale de leur existence, les hommes entrent en rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté, rapports de production qui correspondent à un degré déterminé de leurs forces matérielles productives. L'ensemble de ces rapports de production constitue la superstructure économique de la société, la base concrète sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent les formes de conscience sociale déterminée. Le mode de production de la vie matérielle conditionne le processus de vie social, politique et intellectuel en général. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience ». C'est la fameuse théorie des trois niveaux, le niveau économique, le niveau juridique et politique et le niveau de conscience et qu'on simplifie en général en indiquant que le mode économique de production des richesses induit le système juridique et la conscience de la justice du système, dont celle de la réalité des droits subjectifs (propriété et liberté contractuelle), qui intègre l'inégalité sociale entre les hommes,

ceux qui possèdent les capitaux et les autres, ces derniers voyant leur « plus-value » confisquée par les premiers.

56. - Positivisme nostalgique. L'École historique allemande a fait des émules, en France notamment, à travers l'École historique française : la plupart des juristes français de droit privé qui se disent aujourd'hui positivistes relèvent en général de ce courant : les lois, c'est-à-dire le Code civil, pour résumer, ne sont pas le résultat d'un vote ou d'une promulgation, d'une volonté, mais le produit de l'histoire qui crée des constantes, des *principes généraux* du droit dont il résulte une certaine stabilité qu'écornent un peu les lois de circonstances, économiques ou sociales, sans toucher à l'essentiel, le principe de la famille, du contrat, de la propriété. Un retour du sacré, de la coutume, de la constance, donc, contre le volontarisme de la loi.

Cette représentation du droit est nettement conservatrice (V. *infra*, comp. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955), encore que le terme « conservateur », de science politique, ne soit pas véritablement adapté, en ce sens qu'il suppose une conservation d'une situation : c'est plutôt de réaction dont il s'agit, voire d'esprit contre-révolutionnaire, le retour à *un statu quo ante*, celui de l'Ancien Régime, d'un Âge d'or du droit, des juristes, de la société. Stammler, un juriste allemand a parlé de « droit naturel à contenu variable », formule reprise par Gény et Ripert, qui serait constitué des idéaux communs à un peuple à un certain moment de son histoire, eux-mêmes réduits à quelques grands préceptes (ne pas nuire à autrui, respecter la parole donnée), laissant place à un droit positif finalement indépendant du droit naturel, ramené à une portion congrue.

Il y a une forte nostalgie, une réaction, dans cette façon de voir les choses et le droit. On devrait plutôt parler de « nostalgies » au pluriel, dont il est difficile de faire la part. On y trouve souvent les formules maintes fois répétées et presque toutes issues d'un ouvrage de Ripert, *Les forces créatrices du droit*, publié en 1955, bréviaire de certains juristes de droit privé contemporain. Il y aurait beaucoup à dire sur Ripert, ne serait-ce que son conservatisme ou sa réaction, qui le conduisirent au secrétariat à l'Instruction publique en 1940 (le 1940 du maréchal Pétain et de Laval), à une critique malsaine de la démocratie (G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil contemporain*, LGDJ, 1938 ; *Le déclin du droit*, LGDJ, 1947) et surtout de l'irruption des forces malfaisantes que sont les syndicats, les partis de gauche, les « classes dangereuses ». Les formules de Ripert sont connues : le juriste est profondément conservateur, le droit est emprunt d'une très grande stabilité qui fait que les lois deviennent des formes de coutumes appliquées machinalement, etc., comme s'il était impossible d'aller à l'encontre de cette stabilité, sauf à n'être point un juriste, et ce faisant contraignant les juristes à s'isoler du reste des études du comportement humain, la sociologie, la philosophie, la psychologie pour ne pas parler, évidemment, de psychanalyse, notamment, et qui sont à l'origine du retard considérable de la recherche des juristes français dans ces domaines. Aller à l'encontre de cette stabilité posée, postulée, c'est remettre en cause les *Principes généraux du droit*, c'est remettre en cause l'interprétation éternelle du droit, c'est remettre en cause la fiction du droit positif, c'est critiquer la légitimité du droit, de la loi, de l'ordre, de l'identité entre droit et morale. Cette croyance, car c'est une forme de religion, est d'autant plus stupéfiante que la principale alternative à cette présentation n'est pas, comme le craignait Ripert, de nature marxiste, anarchiste ou aujourd'hui « bobo » ou encore « altermondialiste », mais soit libérale et nord-américaine, et il n'aura échappé à personne que le droit américain n'a pas sombré dans une dérive de type marxiste, soit au contraire fortement républicaine et ancrée dans un certain esprit de résistance à cette vague libre-échangiste marquant le droit français.

Ce positivisme, que l'on pourrait qualifier de positivisme *nostalgique* ou *réactionnaire* ou de positivisme postplatonicien, en ce sens que les règles parfaites ayant été posées, il n'y aurait plus lieu de les modifier, mais simplement à les appliquer en

ayant formé de la meilleure façon possible les juristes aptes à les mettre en œuvre et ensuite, surtout à n'y plus toucher est utopique et relève, en réalité, du droit naturel. Les lois sont stables, bien établies, parfaites et justes. C'est la posture de Socrate qui accepte la sanction et boit la ciguë puisque c'est l'application juste de la loi de la Cité, écartant ses amis venus le délivrer. Ce positivisme mérite attention parce qu'il est consubstantiel à une certaine culture française et que, contrairement au normativisme, il ne se fonde pas sur une analyse pure du droit mais également parce qu'il est très dominant (combiné au normativisme) chez les juristes de droit de privé et public français.

57. - Le normativisme. Kelsen (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 1962, rééd. Bruylant-LGDJ, 1999), est à l'origine d'un positivisme « pur », le **normativisme**. Il développait à l'extrême les caractères du positivisme étatique, suivant une idée parfois présentée de façon schématique : le droit se résume à la norme qui est le produit de l'État, il en est même consubstantiel : le droit est l'État et il est obligatoire tout simplement parce qu'il est imposé par l'État, quelle que soit la norme et son caractère, obligation, interdiction, abstention, permission, reconnaissance (d'un état, d'une situation), habilitation (du gouvernement à légiférer par ordonnance dans la V^e République), etc. Les droits subjectifs sont ainsi reconnus par la loi et impliquent une habilitation, celle d'agir en justice. L'originalité de la pensée de Kelsen se manifeste cependant à travers la méthode utilisée pour justifier le positivisme étatique. Ainsi, Kelsen entendait étudier le droit de manière neutre, indépendamment de tout jugement de valeur sur le contenu du droit, sur le principe que ce droit est, directement ou indirectement, le produit de la volonté populaire. Il en résulte une *théorie formaliste du droit*, la « pyramide des normes », selon laquelle se trouve, au sommet, la volonté de l'État, puis dans un ordre hiérarchique décroissant, les normes justifiées par leur conformité à la norme supérieure (la Constitution de la V^e République renvoie au préambule de la Constitution de 1946, à la Déclaration de 1789, qui elle-même puise sa source dans un consensus, ce qui pour certains peut difficilement être distingué de la loi naturelle, ce qui obscurcit le débat), desquelles découlent, hiérarchiquement, toutes les autres normes, Constitution, conventions internationales, lois, décret, etc., en une conception abstraite du droit résumée au produit de l'autorité et en oubliant la part de subjectivisme, de sociologie, de psychologie dans le droit, le rôle des hommes du droit : tout cela est indifférent et ne relève pas du droit.

Relève du droit ce qui relève *en logique* d'une norme ; et une norme juridique est la signification d'un devoir-être. Elle résulte alors d'un acte de volonté, qui fait naître la norme en tant qu'elle est *posée* par une autorité légitime, le parlement par exemple, et qui est *effective*. Toutefois, la norme juridique n'existe pas en elle-même, mais en tant qu'elle est une signification : peu importe alors la norme telle qu'elle est a été supposément voulue (par le législateur par exemple), ce qui importe c'est la norme objectivement produite. Dès lors se pose la question des conditions de production de la norme : celle-ci doit également être *valide*. Le concept de validité de la norme juridique suppose qu'elle soit déterminée comme telle par une norme supérieure (la loi est une norme parce que la Constitution définit la loi par exemple). Peu importe alors le contenu de la norme, cela n'a aucune importance pour définir la catégorie « norme » (ce qui ne signifie pas bien entendu qu'un normativiste n'a aucun avis sur tel ou tel contenu) en ce sens qu'une norme juridique n'est ni vraie ni fausse ou ni juste ni injuste, mais valide ou invalide. Par conséquent, une norme est une norme juridique valide lorsqu'elle est conforme à une norme juridique valide supérieure (qui est lui-même un énoncé, mais hiérarchiquement supérieur). Par exemple une loi votée par le parlement est valide lorsqu'elle est conforme à un énoncé constitutionnel. C'est en ce sens que le système juridique est cohérent dans la mesure où il contient les mécanismes de régulation permettant d'éliminer

les règles inférieures contraies à une norme supérieure. La théorie pure du droit établit alors une exigence stricte de validation : une norme n'est pas juridique parce qu'elle est considérée comme telle par celui qui se prétend législateur, ou parce que le législateur prétend qu'elle l'est, mais parce qu'une autorité régulière établissant ce contrôle de validité le permet. Or l'existence d'un tel contrôle de validité, en droit français, par le Conseil constitutionnel, mais encore par le juge ordinaire lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité d'une norme au regard des règles du droit européen par exemple, suppose une interprétation de la norme juridique supérieure. C'est ainsi qu'une norme est la signification d'un énoncé (législatif notamment). Or, de multiples interprétations sont possibles. La doctrine (mais encore la presse, les avocats, voire la littérature) propose des interprétations de la norme, interprétations dites *scientifiques*, tandis que le juge en charge de l'interprétation définitive assure une interprétation *authentique*. Ainsi, la doctrine est en mesure de fournir un certain nombre d'interprétations possibles de la norme, et souvent la doctrine identifie des interprétations souhaitables, selon différentes conceptions (tirées de la logique juridique, des préférences morales ou politiques de leur auteur, etc.). L'interprétation *authentique* identifie alors une conception fondée sur un *acte de connaissance* et un *acte de volonté*. L'interprète juridictionnel choisit en effet parmi les interprétations scientifiques, à l'intérieur d'un « cadre », la signification objective de la norme. Ce faisant, l'interprétation fait corps avec la norme interprétée.

58. - Positivism sociologique. Pour les doctrines du **positivisme sociologique ou scientifique**, le droit se justifie parce qu'il est le reflet de l'état des mœurs et de l'histoire. Cette conception légitime l'idée selon laquelle il ne peut exister un droit unique et valable pour tous les peuples car le droit est le produit d'une histoire, d'un peuple, d'un pays (Savigny, *De la vocation de notre temps pour légiférer et cultiver la science du droit*, 1814) et dont Jhering fut le fer de lance, notamment dans un ouvrage publié à la fin du XIX^e siècle et en 1901 en France, *Le but dans le droit*, publié sous le titre *L'évolution du droit en France* et dont le succès est considérable encore aujourd'hui. Il y affirmait que les droits s'inscrivent comme la poursuite de buts pour assurer la personnalité de l'homme dans la société et dans ses activités, notamment la propriété, considérée non comme un droit « imprescriptible et sacré » comme en France dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, mais comme un « intérêt juridiquement protégé », formule toujours utilisée pour justifier des droits à réparation en droit de la responsabilité. En résulte la concordance ou la contradiction des intérêts que le juge doit régler, à travers la *balance des intérêts*, en une *jurisprudence des intérêts*. Les intérêts sont des faits sociaux observables d'un point de vue externes et qui sont à l'origine des normes juridiques selon une relation de cause à effet. La pensée de Durkheim (1858-1917) et la méthodologie qu'il propose, traitant les phénomènes sociaux comme des choses, ont fondé la sociologie juridique moderne. Le droit est un fait social qui s'exprime dans la conscience collective du groupe dans lequel s'agrège l'individu. Révéléateur d'une certaine solidarité sociale, le droit ne peut donc être mécaniquement le produit de l'État. À la légalité de la règle, propre aux positivistes étatiques et indifférente au contenu de la règle, s'oppose donc, à nouveau, celle de sa légitimité et donc de son appréciation. Mais celle-ci ne passe pas par une comparaison avec un système de valeurs supérieures mais par le fait que l'interdépendance des hommes fondant la structure sociale produit nécessairement la règle de droit.

Cette conception a sauté l'Atlantique et gagné les États-Unis avec Roscoe Pound et la *Sociological jurisprudence* et s'inscrit, comme le réalisme (V. *infra*, n° 59), dans une considération du droit comme une expérience et non comme une logique formelle, tout en demeurant en Europe, en Allemagne notamment, avec Eugène Ehrlich. Ce faisant, cette conception est très proche du réalisme américain et notamment de l'opposition entre le *Law in Book* et le *Law in Action*, à cette différence essentielle

cependant que les réalistes n'exposent pas que les faits que les justiciables considèrent comme des normes le sont réellement (c'est l'exemple du nom de la femme mariée, coutume en tant que telle ou règle jurisprudentielle?). Le danger de cette formulation tient à ce que le droit échappe alors aux juristes. Si le fait prime le droit, suffirait-il de faire la loi au gré de sondages? Mais en même temps, elle valide le principe d'une démocratie participative, du référendum d'initiative populaire, etc. Les critiques, de la sociologie juridique comme du réalisme, considèrent que le droit peut tenir compte des *faits* mais il doit surtout s'identifier à des *valeurs*. Le droit n'est pas neutre, bien au contraire, il est toujours le reflet d'une conception ou d'une autre de la société: d'où « le mythe de l'adaptation du droit au fait » (V. *infra*, Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit aux faits*: D. 1977, chron. p. 252).

Ce qui surprend beaucoup dans cette théorie factuelle, c'est l'importance du fait religieux dans sa justification. Ainsi Holmes, un juge ensuite désigné comme professeur à Harvard, qui est à l'origine du mouvement sociologique et du réalisme, insistait sur l'importance du puritanisme dans la formation de la *Common Law* (*The Spirit of the Common Law*, 1922) et la conséquence individualiste qui en résulte aux États-Unis, mais également dans l'Allemagne protestante et du droit germanique primitif, partie prenante de la *Common Law* pour Pound (et ce faisant sans doute contre les valeurs que l'Église catholique promeut). Une autre démonstration tient à la place de Max Weber (*L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1922), considéré parfois comme situé à la frontière du normativisme et du décisionnisme de Carl Schmitt. Ainsi Weber considérerait le droit comme un système clos, un système sans faille.

59. - Les thèses antiformalistes. Par réaction contre le normativisme, sont apparues plusieurs thèses. Le **décisionnisme** dû aux travaux de Carl Schmitt, contemporain et ennemi juré de Kelsen, qu'il contribua d'ailleurs à faire révoquer. Pour Schmitt, la primauté du politique sur le juridique s'impose, et donc la décision du souverain, en l'espèce Adolf Hitler. Au-delà cependant, le décisionnisme est une critique du normativisme en ce sens que la norme ne peut fonctionner sans une décision, sans une mise en œuvre de la norme, distinguant le *Sollen* (le devoir-être) du *Sein* (l'être, la décision). Ce faisant, si le décisionnisme de Schmitt est profondément antilibéral et contre l'idée même d'État de droit; il peut être modéré et le décisionnisme explique par exemple les systèmes juridiques autoritaires ou dans lesquels la place de l'autorité n'est pas méconnue. Ainsi la France de la V^e République. Que de fois n'entend-on, depuis 1958, que le « président de la République souhaite que telle loi soit votée » et elle est votée, ou que tel ministre impose telle mesure, qui s'applique effectivement. La décision l'emporte ainsi sur la loi ou sur un mode ordonné, discuté, contradictoire de prise de la décision telle qu'elle résulterait du système de vote des lois ou d'un jugement par exemple.

Le **réalisme**, notamment **américain**, surtout affirmé dans l'entre-deux-guerres, comme justification théorique de la politique du *New Deal*, du *Welfare State* après la grande dépression américaine, est une autre forme d'antiformalisme, quoique radicalement différente du décisionnisme, et surtout plus radicale encore et plus générale. En Europe, les prémises du réalisme sont à retrouver dans les doctrines de l'interprétation, et notamment chez Gény et Demogue (V. *infra*, n° 194) et plus tard chez Michel Troper. La thèse de Gény s'inscrit dans une logique prévoyant une méthode contredisant l'École de l'exégèse et l'application à la lettre du Code civil, pour préférer une méthode fondée sur la *libre recherche juridique* (1899) et donnant au juge la possibilité d'interpréter la loi de manière libre, et ce faisant, lui donner la possibilité d'investir le champ du « social » envisagé comme de nature à limiter le libéralisme du Code civil, même si Gény, se rendant compte de ce que sa méthode pouvait avoir de déstabilisant, y renonce finalement et alors que Ripert eut ensuite clos le débat en France, du moins en droit privé. Cette thèse a marqué les juristes

américains des années 1920 et 1930 au point de fonder une école très dynamique comptant des dizaines d'émules : Holmes (*The Path of The Law*, 1897), Roscoe Pound, Karl Llewellyn, John Chipman Gray, Jérôme Franck, H.L.A. Hart, Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger par exemple. Plusieurs courants coexistent. Le plus important consiste dans le mouvement de *Sociological Jurisprudence* de Pound, ou les mouvements des *Critical Legal Studies* de Duncan Kennedy. Ainsi, pour les réalistes américains, qui se fondent non sur une compréhension logique mais sur l'expérience et surtout sur l'interprétation, le droit peut avoir une fonction particulière. Par exemple, lorsque le juge est conduit à sanctionner une entreprise qui utilise un élément de la notoriété d'autrui, par exemple une couleur largement utilisée par son principal concurrent, et que cette jurisprudence se répète, il en résulte une forme particulière de création d'un nouveau droit. C'est le problème actuel de la sanction du parasitisme économique par exemple. De même, les réalistes observent que, d'une manière générale, les règles juridiques ont un caractère indéterminé, de sorte que leur application au cas concret est entièrement à la discrétion du juge, ce qui impose une observation du comportement, voire de la psychologie des juges, de l'action des tribunaux, pas l'étude des lois ou de la jurisprudence. En résulte le *behaviourisme*, le *comportementalisme* qui est susceptible soit de rendre la décision totalement imprévisible (selon le juge, ses émotions du moment, ses lectures, etc.) soit au contraire d'envisager les juges en général (leur éducation, leur milieu d'origine, leur mode de recrutement, etc.) pour envisager les effets des décisions des juges, inspirées par la théorie du précédent, mais aussi par l'expérience. Le réalisme rejoint ainsi la philosophie analytique de Bertrand Russell et de L. Wittgenstein (qui pour la petite histoire était au lycée avec Hitler), selon laquelle une proposition non vérifiée par l'expérience est insensée. Il ne sert à rien de se référer à ces conceptions absolues, les idées en général, les concepts, et il convient de réfuter toute conception métaphysique en droit. Ce faisant, le réalisme s'en tient au réel, aux *faits*, et non aux concepts, aux fictions ou aux abstractions. Les lois sont des faits, tout comme les décisions judiciaires précédentes.

Ce qui est intéressant dans la thèse réaliste, c'est d'une part qu'elle n'invite pas à s'engouffrer dans une posture idéologique quelconque, n'impose aucun primat supérieur et en même temps les intègre tous, et d'autre part qu'elle s'inscrit dans un droit en mouvement dans une société qui évolue plus vite (ou moins vite) que son droit, au service des faits sociaux et non comme une fin en soi, la méfiance à l'égard des théories, des idéologies et à l'égard des règles, la considération forte des « cas », le choix de l'efficacité de la règle et de sa mesure. Llewellyn, présentant ces fondements du réalisme opposait ainsi le *Law in book* (abstrait et dépassé) du *Law in action* (réel et non uniquement juridique). Ainsi, l'observation du milieu socio-économique et culturel des juges français permet de déceler des tendances, des contraintes, des croyances qui permettraient de rendre compte des décisions tout autant, sinon plus, que la simple lecture des décisions de jurisprudence, mais également de mesurer le degré d'efficacité du droit. Le réalisme, ce faisant, crée un droit de sensations, d'émotions, de sentiments, émotions qui ne peuvent, d'ailleurs, pas exclure des théoriciens eux-mêmes. Le normativiste par exemple, s'inscrit nécessairement dans une démarche volontariste particulière, contre une position et pour une autre, pour un système libéral pour Kelsen par exemple, celui de la République de Weimar et contre le décisionnisme nazi. Le réalisme peut aussi conduire au cynisme ; ainsi un réaliste n'hésite pas à étudier une règle qu'il désapprouve (un peu comme le normativiste ce faisant). Ce mouvement a été à l'origine des *Law and*, *Law and Society*, *Law and Economics* par exemple.

De même, le réalisme peut conduire à sa propre crise, par exemple associé au déconstructionnisme de Jacques Derrida (comp. V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit... et le transformer*, Dalloz, 2017), comme avec le mouvement des *Critical Legal*

Studies (CLS), qui suit le mouvement de la *Sociological Jurisprudence* et qui revient sur les fondements hobbesiens du libéralisme : le libéralisme n'assure pas le bonheur promis et, surtout, n'assure pas la liberté promise puisque les libertés reconnues conduisent au final à les limiter pour assurer la réalisation des objectifs et des valeurs à réaliser (Comp. E. Jeuland, *Théorie relationniste du droit, de la Franch Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016). Par conséquent, toute idée de justice conduit à une contradiction entre une conception individualiste (mes intérêts, les intérêts d'autrui) et une conception altruiste visant à assurer un partage de biens. Par exemple, le droit de propriété est conçu de manière individualiste dans la Déclaration des droits de l'homme ou l'article 544 du Code civil, principe aussitôt contredit par des séries de règles et surtout par des principes, comme l'abus, la faute, qui limitent l'usage de ce droit. Le mouvement CLS entend montrer ces contradictions dans un premier temps, puis proposer une théorie d'organisation, « la réforme révolutionnaire », à l'origine de la *Feminist Jurisprudence*, de la *Critical Race Theory* relative aux droits des minorités, discours très actuel en Amérique du Nord.

Par la suite, avec Stanley Fish et un succès étonnant des philosophes « postmodernes » français (Derrida, Deleuze, Foucault, etc.), selon laquelle toute rationalité est impossible : la déconstruction devient une alternative au discours rationnel, la loi a pour fondement elle-même, sans aucune justice ou injustice fondationnelle. Il n'y a plus d'histoire, plus de fondement, plus de lien. Rien. Ou tout. Tout est possible. Le droit est concassé, déconstruit, selon la méthode sociologique, présenté comme chaotique, synonyme d'oppression, de paternalisme, etc., la théorie du chaos juridique comme moyen de comprendre la justice restant à écrire, sinon à travers la pensée d'Habermas, la discutabilité du droit comme principe (V. J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in J. Clam et G. Martin [ss dir.], *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, 5, p. 21, E. Jeuland, *Théorie relationniste du droit*, op. cit.).

En France, le réalisme juridique, introduit au début du siècle par des auteurs comme Gény, Saleilles ou Demogue et éclipsé par eux-mêmes par crainte d'une possible révolution devenue ainsi possible, a été réintroduit par un auteur, Michel Troper (V. infra, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle*. – V° *Interprétation*, in *Dictionnaire de la culture juridique*; V. infra, V. Champeil-Desplats et M. Troper, *Propositions pour une théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, ss dir. V. Champeil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzczyk, Bruylant, 2005, p. 11), qui se pose comme le principal critique du normativisme, dans le cercle disciplinaire du droit constitutionnel, avec la **Théorie réaliste de l'interprétation** (TRI) et que l'on peut présenter ici. La TRI s'inscrit dans la lignée du normativisme, auquel il emprunte ses principaux éléments, à l'exception de la question de l'interprétation. En effet, la conception du « cadre » ne permet pas d'expliquer les situations dans lesquelles les juges sortent du cadre, ou qui sont difficilement explicables. Cette situation est sans doute beaucoup plus rare et exceptionnelle, mais doit pouvoir être décrite et expliquée. Cette question a notamment été présentée à l'occasion de la « révolution interprétative » des années 1970, à commencer par la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1971, dans laquelle le Conseil considéra que l'ensemble des normes constitutionnelles s'élargissait du texte, assez sec et très processuel, de la Constitution de 1958, à l'ensemble, substantiel, de son préambule et donc au préambule de la Constitution de 1946, à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (qui n'avait jamais, sinon pendant deux ans, été appliquée) et aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, c'est-à-dire un ensemble de normes juridiques véritablement substantielles, érigées en normes constitutionnelles et à même de déterminer la validité des lois appréciées par le Conseil, dont le rôle en fut considérablement accru. Or, rien dans la Constitution de 1958 ne permettait de prédire cette extension à un

tel « bloc de constitutionnalité » dont le rôle est d'offrir de nouveaux horizons d'interprétation de ces règles. Au-delà de ces prémisses constitutionnelles, la question vaut également pour toutes les situations d'interprétation des lois elles-mêmes par la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Sur ce, la TRI se fonde sur plusieurs postulats. Le premier repose sur l'idée qu'un texte (de loi, voire un arrêt) est susceptible, toujours de plusieurs sens, que le choix de ces sens n'est pas guidé *a priori* (contre les positivistes normativistes donc et contre certains philosophes). On pourrait même dire que le choix des mots utilisés dans le texte à interpréter est sans intérêt. Dès lors un texte, par exemple un texte de loi, n'est pas une norme *effective*, en ce sens qu'un texte est par nature indéterminé au sens normatif, il n'a pas de sens *prédéterminé*, et certainement pas par l'effet de *l'intention du législateur*. Celle-ci en effet est soit inexistante, soit introuvable : qui est le législateur, quelle personne en particulier, dont on pourrait, éventuellement en faisant tourner les tables, identifier la volonté, l'intention ? En outre, la méthode connaît un inconvénient majeur, à savoir que la loi, comme le Code civil, peut être très ancienne, de sorte que l'intention du législateur n'a alors plus vraiment d'intérêt. Le second repose sur le fait que c'est l'interprète (les cours souveraines en réalité) qui établit le sens d'un texte, ce faisant, c'est l'interprète qui fait la norme, qui rend déterminé ce qui est indéterminé. La loi est donc un simple *fait juridique*, et l'interprétation, la jurisprudence, est la norme, inversant la proposition normativiste. La formule « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (C. civ., art. 1104) ne prend donc un sens normatif qu'en fonction de l'interprétation de ce texte. Le troisième tient à la liberté totale de l'interprète, puisque souverain, il peut choisir une solution, ou une autre, à loisir.

Cette liberté est cependant limitée par une série de *contraintes* juridiques ou non, formalisées dans un complément de la TRI, *Théorie des contraintes juridiques* (TCJ), qui présente un grand intérêt, précisément parce qu'elle rend le droit flexible, attirant même les valeurs. Les contraintes peuvent être *des contraintes de fait*, la psychologie, l'éducation, la culture de l'interprète qui sont éminemment importantes : le fait que l'interprète soit recruté selon un modèle monolithique ou au contraire très diversifié, que l'ascendance sociale du juge soit diversifiée ou non, etc. Il peut aussi s'agir de *contraintes de droit*, contrainte forte lorsqu'une règle de droit solennelle limite la possibilité de discuter une question, par exemple l'impossibilité pour le juge de s'autosaisir, ou contrainte faible lorsqu'elles reposent sur des considérations sociologiques, de hiérarchie, etc. L'exemple type de cette situation est le « bon juge Magnaud », à Château-Thierry à la fin du XIX^e siècle, qui « inventa » l'État de nécessité pour ne pas punir celle qui avait volé du pain pour nourrir son enfant dans l'affaire *Dame Ménard* en 1898, et qui faisait si peur à Gény (le fait est que Magnaud fut ensuite élu député radical-socialiste).

Au-delà des critiques apportées contre la TRI, taxée de nihilisme, de fausseté, d'anarchisme, ou pire que tout, de socialisme, il est parfaitement clair que la TRI justifie pleinement la considération de la jurisprudence comme source, voire, poussée à l'extrême, considère la jurisprudence comme la *seule* norme, et pèse surtout par la théorie des contraintes, dans la mesure où à travers celles-ci, s'invitent des considérations purement positivistes (ne serait-ce que parce que le juge peut être normativiste), mais aussi sociologiques, et enfin le conflit des valeurs (Justice, égalité, solidarité, morale, etc.) ou encore économiques et ce faisant assure une synthèse assez efficace entre positivisme et philosophie du droit. En revanche la TRI est parfaitement incapable d'expliquer la *raison* (et les valeurs sous-jacentes) pour laquelle une règle de droit, une décision, est adoptée.

60. - Retour de l'idéalisme et mondialisation ? Une crise du positivisme s'est ouverte et a crû après les dérives du XX^e siècle, fascistes, nazies, maoïstes ou soviétiques, conduisant à un positivisme critique, ou un idéalisme critique, selon la théorie

du verre à moitié vide ou plein, conduisant d'abord à une analyse critique du droit (V. G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1936), dite parfois néokantienne, visant à retrouver des buts dans le droit, la recherche, à côté d'un concept de droit, une description, d'une idée du droit, une prescription, et qui triomphe aujourd'hui avec *l'imperium* des droits de l'homme, source idéale, positivée, interne (DDHC, Constitution de 1946, etc.) et externe (Conv. EDH). L'idée gouvernant la phénoménologie de Husserl, et reprise en droit par Amsselek notamment (V. *infra*, P. Amsselek, *op. cit.*), selon laquelle tout, dans le monde, peut être ramené à un phénomène dont il suffit de prendre conscience. En droit, il en résulte un nouvel idéalisme, l'existence d'une coutume juridique à laquelle nous succombons de manière volontaire et qui conduit à observer, d'une manière très abstraite et ce faisant peu utile, le droit positif de l'essence de ce droit. Plus abstrait encore, l'existentialisme juridique traduit l'idée que l'existence précède l'essence. Les valeurs par exemple peuvent être considérées comme des « choses » dans le monde, des phénomènes donc ou bien en amont comme les précédant : ce faisant, ces valeurs (non religieuses quoique immanentes) sont en tant que telles, en tant que choses, qu'il suffit de percevoir, et notamment, le principe de la dignité humaine, l'existentialisme suivant les ravages de la Seconde Guerre mondiale.

Le retour de l'idéalisme se justifie également par l'excès théorique du positivisme, du jusqu'au-boutisme du positivisme qui en fait, à la fin, une forme d'idéalisme, par un étrange retour des choses, l'idéalisme étant devenu un positivisme. Il se justifie enfin, peut-être face à la mondialisation des échanges et finalement assez peu suivi par une mondialisation du droit, en tout cas du droit étatique, sous l'égide, ne nous trompons pas, de l'étalon juridique anglo-américain, de ses valeurs, de ses techniques juridiques, par exemple la question de la compétence universelle d'un juge américain pour apprécier la violation d'une règle américaine (respect de sanctions économiques, d'embargos, etc.) par quelque entreprise que ce soit, de telle manière que les défis juridiques de la mondialisation, posés par les juristes nord-américains ou anglais le sont finalement assez peu par les juristes et surtout des juges français (V. *infra*, et comp. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998).

C - Synthèse des fondements discutables

61. - Synthèse ? Cette présentation, beaucoup trop brève, montre en premier lieu, que la philosophie, et en particulier la philosophie du droit, est le produit d'une histoire qui permet, ensuite, de relever les connexions, les ancrages, les oppositions : positivismes d'un côté, valeurs de l'autre, et la règle de droit au milieu, le tout mélangeant souvent philosophie politique (quel est le meilleur gouvernement pour les hommes) et philosophie du droit (quelle est la meilleure règle pour les hommes). C'est un peu l'idée de Pascal, qui étage les situations en distinguant la technique (les faits), la règle, et les valeurs (la politique, la morale, la justice). Par exemple, à la question peut-on cloner un humain, la technique répond oui ou non, la règle exprime une réponse également tranchée ou à trancher, oui ou non, mais le recours aux valeurs dispute la réponse, oui diront les uns, non diront les autres. Par conséquent, le choix de la technique assure des réponses simples mais sans trancher sur la *légitimité* de la solution que permet le recours à des valeurs. Rien ne peut empêcher le législateur d'adopter des règles contraires à telle valeur, voire indépendantes de toute valeur : et la considération positiviste du droit suppose un droit indépendant de sa valeur.

Le recours aux valeurs, dans le droit, qu'on assimile trop souvent au « droit naturel » (et alors que nous avons montré les divergences majeures entre les droits naturels d'une part, et le droit naturel et les valeurs d'autre part) est donc d'abord l'occasion d'une réflexion critique (éventuellement, voire souvent positive) ou nouvelle du droit existant. Il n'y a donc pas de conception universelle et immuable du

droit naturel. Mais des valeurs, qui se complètent ou s'opposent : la valeur « justice » ou la valeur « solidarité », la valeur « sécurité », par exemple peuvent se décliner de manière infinie.

Une chose cependant est de mesurer les éléments de légitimité d'une règle, faite ou à faire, sur la base de telles valeurs (d'ailleurs en concurrence) et une autre est de mesurer la réalité du droit positif, indépendamment de toute valeur. Toutefois, la rupture, présentée comme classique et irréductible, entre positivisme et jusnaturalisme reste floue : le Juste, les Valeurs, la Nature, certains éléments en tout ont été « positivés », en ce sens que des règles modernes intègrent de telles valeurs, comme l'exigence de « bonne foi » dans la formation et l'exécution des contrats (C. civ., art. 1104) ou encore le droit à un procès « équitable » ou le « droit à une vie privée » (Conv. EDH, art. 6 et 8) et, inversement et logiquement, le droit positif contient bien des éléments de droit naturel, des valeurs, comme fondements, réels ou supposés, de telle manière qu'il est difficile de tracer, substantiellement, une frontière entre les deux. Cette « positivation » des valeurs est ancienne. Elle repose sur la considération des conceptions modernes des droits de l'homme : la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par la Charte des Nations unies en 1948, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 que la France a ratifiée en 1974, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne issue du traité de Nice de 2000, les règles constitutionnelles, etc. Par conséquent, à une question donnée, le mariage homosexuel, les mères porteuses, la discrimination positive, les droits des détenus, le droit d'ingérence, la faute lucrative, l'euthanasie, la rémunération des chefs des très grandes entreprises, etc., une réponse positiviste considérerait que les éléments de celle-ci sont entièrement contenus dans la norme et sa mise en œuvre : une décision *légale*, conforme au système juridique est *légitime* et toute référence à des valeurs est hors débat juridique. À l'inverse, une réponse jusnaturaliste considérera que ses éléments intègrent, dans le débat juridique, la référence à des valeurs (comp. ces décisions qui intègrent l'idée de droit naturel : TGI Toulouse, 7 juin 1984 : *D.* 1986, p. 41, note C. Philippe, l'autorité parentale est « un droit naturel tiré de la paternité ou de la maternité. – Paris, 15 juin 1990 : *JCP G* 1991, II, 21653, note B. Edelman et C. Labrusse-Riou, à propos de la maternité de substitution : “Au regard des principes généraux, qu'au nombre des droits naturels de chaque être humain figure celui de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui, au besoin par des méthodes dites artificielles, dès lors que leur finalité – assurer une procréation – est en elle-même licite”. – Adde A. Sériaux, *Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?* : *D.* 1985, chron. p. 53). Par conséquent, les éléments de réponse sont *hors* ou *dans* le débat juridique selon que l'on est positiviste ou jusnaturaliste. On admettra alors que, pour un plaideur ou un juge notamment, l'une ou l'autre des situations n'est évidemment pas neutre au moment de présenter ses arguments ou de décider. Cependant, le débat, assez théorique jusqu'alors, se brouille en pratique. Si l'on choisit le thème de l'euthanasie par exemple, un positiviste pourrait considérer que l'ébauche de son admission dans le Code de la santé publique heurte des valeurs juridiques *positives* : le principe du droit à la vie, le principe de dignité, etc., ou bien au contraire est valable au regard d'autres critères juridiques *positifs*, le même principe de dignité (le droit de mourir dignement). De même, un jusnaturaliste pourrait faire valoir, pour critiquer le droit à euthanasie, des arguments moraux mais inversement faire valoir que le droit à la mort douce est un droit inaliénable de l'homme, que son rejet emporte des conséquences sociales et humaines insupportables, etc. La légitimité de la réponse à une question donnée permet toutes les réponses possibles, *que l'on soit positiviste ou jusnaturaliste*, en raison de la “concurrence” des valeurs relatives à l'idée de Justice ou celle des normes de référence en vigueur dans le système juridique.

C'est en cela que la question de la rationalité est finalement vaine, parce qu'appropriée par les deux grands courants de pensée ici résumés pour les besoins de la démonstration, et que la méthode proposée par certains philosophes du droit, Jurgen Habermas par exemple (V. *infra*), est essentielle. Il pose la question de la légitimité des règles en fonction de la capacité de celles-ci à être examinées, *discutées*, par toutes les personnes susceptibles d'être concernées et donc, que ce principe de discussion, fondé sur des arguments relevant de tous ordres mais à condition qu'ils soient acceptés par tous, soit possible et institutionnalisé, processualisé, juridictionnalisé. D'où il ressort d'une part qu'une norme est légitime si elle est discutable, et cette discussion ne cesse jamais et peut toujours être réformée, et d'autre part que cette discussion doit être organisée, devant le parlement, le peuple, le juge (ce qui redonne vie à diverses techniques d'interprétation et de concurrence des sources).

§ 2. - LA CONNAISSANCE DU DROIT

62.- Plan. La connaissance du droit est une étape importante vers sa compréhension. Le droit est une science humaine. Il évolue et se modifie en même temps que la sociologie, la philosophie, l'ensemble des sciences humaines en sorte que la sociologie juridique aide à comprendre comment se forme le sentiment de « l'obligatoïreté » (V. J. Carbonnier, *Flexible droit*, 10^e éd. 2000). Sa connaissance passe par l'observation rapide de la logique du droit (A) et des sciences voisines du droit (B).

A - Le présupposé de la logique et la connaissance de l'expérience du droit

63.- **Ordre et désordre juridiques : expression et langage du droit.** Le droit s'exprime de façon particulière, technique, à partir de concepts, notions, catégories, principes et d'un langage particulier sous le couvert de règles d'interprétation et d'application du droit et que l'on retrouvera à propos des techniques d'interprétation en droit (V. *infra*, n° 194).

On fait souvent semblant de penser que cette logique est parfaite, presque mathématique, indémontrable parce que relevant du donné juridique, fondamentalement stable : un contrat sera toujours un contrat, un mariage toujours un mariage, etc., le droit serait un ensemble raisonnable, ordonné, stable, cohérent, de sorte que les ensembles juridiques s'agrègent entre eux par des opérations algébriques, il est impensable qu'une loi soit en contradiction avec une autre, le droit des obligations, temple de l'intelligence juridique française, est un ensemble merveilleusement organisé *puisque* remontant au droit romain, etc. On peut ainsi continuer longtemps à tenter de forger les mythes de la cohérence du droit (français).

Mais cette image de stabilité omet le mouvement nécessaire des règles en fonction des intérêts, des moments, des situations, le fait que le droit est profondément humain, fait par et pour des hommes, que les lois sont rédigées par des hommes, les juges sont des hommes, et donc imparfaits, comme l'est le droit. Les mêmes accents de cupidité, orgueil, frustrations, mais aussi abnégation, générosité, charité, que l'on trouve chez les hommes de loi se retrouveront avec un bonheur inégal dans les lois et dans leur application. C'est d'ailleurs ce qui en fait la richesse, la perfection étant d'un ennui si mortel que Dieu lui-même n'en voulut point pour ses créatures.

Avec cette réserve majeure et présentée ici comme un postulat qu'il serait trop long de démontrer, une certaine logique du droit, entendue comme la volonté de croire en une logique du droit par les juristes, peut apparaître, dont quelques éléments sont ici proposés.

Ainsi, les **catégories juridiques** sont des sortes de cadres, qui résultent d'un travail de classification, sur lesquels s'appliquent des règles juridiques homogènes

et cohérentes : les choses et les personnes, les personnes physiques et les personnes morales, les actes juridiques et les faits juridiques, sont de telles catégories juridiques qui se subdivisent (les choses sont des meubles ou des immeubles, les personnes sont physiques ou morales...). C'est à partir de ces catégories que se nouent les relations juridiques fondamentales. Ainsi, définit-on la *nature juridique* de telle chose par renvoi à la catégorie juridique à laquelle elle appartient, pour repérer ensuite son *régime juridique*.

Un peu différent est le **concept juridique**. Il s'agit de la représentation abstraite d'une situation juridique qui répond à une définition précise, par la loi, la jurisprudence, la doctrine ou, le plus souvent, les trois ensemble. Par exemple, un contrat est une catégorie juridique, c'est aussi un concept que l'on définit comme un échange de volontés destiné à produire des obligations : la délimitation de ce concept permet alors le développement des règles propres au contrat.

Tout le droit raisonne à partir de ces concepts qui sont tout à la fois les axiomes (définitions) et les théorèmes (tout se discute) du droit à partir desquels les règles peuvent s'appliquer et qui diffèrent souvent du langage courant (par ex : le patrimoine, l'hypothèque, la fraude, l'enfant, le père, l'abus, la faute, la bonne foi, l'équité, etc.) ou lui sont totalement étranger (la rétroactivité, l'inopposabilité, le bon père de famille, les bonnes mœurs, l'intérêt général, etc.). Beaucoup de ces termes forment ce que l'on appelle des **standards juridiques**, ou mots à sens multiple (V. C. Puigelier, *Mots à sens multiples et règle de droit* : Arch. phil. dr. 2004, t. 48. – S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard [essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité]*, LGDJ, 1980. – Ch. Perelman et R. Vander Elst, *op. cit.*).

Beaucoup de ces concepts sont des **fiction juridiques** (V. D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000. – G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1998), c'est-à-dire des situations que l'on considère en droit comme différentes de la réalité. Ainsi en est-il de la notion de personne morale : nul n'a jamais déjeuné avec une personne morale, et pourtant, un groupement de personnes physiques ou de biens peut être considéré comme une personne physique. C'est le cas encore de la nullité d'un acte. Un acte est conclu mais il manque une condition de fond ou de forme. Cet acte peut être exécuté et ensuite annulé. L'annulation est la disparition rétroactive de l'acte, *comme si* il n'avait jamais existé, de sorte que des opérations de restitution doivent s'opérer pour remettre les parties dans l'état où elles se situaient avant l'acte, alors que cet acte a bel et bien existé et que le retour au *statu quo ante* est très souvent impossible. C'est le cas encore des institutions comme l'absence, la disparition, la personnalité juridique, l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*, le fonds de commerce, la notion de représentation, les immeubles par anticipation ou par destination, la rencontre de « l'offre et de l'acceptation », etc., les fictions juridiques pullulent en droit et dessinent une conception très volontariste du droit.

Les règles élémentaires du droit se regroupent également en **institutions juridiques**, comprises comme un ensemble de règles unies par le souci de satisfaire un même objectif.

Par exemple, une règle du Code civil pose que, pour se marier, il faut avoir dix-huit ans ; une autre que le mariage est célébré par un officier public, le maire, une troisième que le mariage civil ne peut être précédé du mariage religieux... chaque règle se comprend de façon unique, mais ces règles, et toutes les règles qui intéressent la question du mariage, forment l'institution juridique du mariage. De sorte que lorsque les juristes disent « le mariage », ils évoquent cette institution juridique et non le mariage comme phénomène social ou religieux et, par là même, toutes ces règles. On peut alors observer que de très nombreuses institutions juridiques cohabitent et même se combinent : l'institution juridique du mariage et l'institution

juridique du divorce, l'institution juridique de la filiation... le tout formant l'institution juridique de la famille.

Un **langage juridique** rigoureux s'impose alors pour mettre en œuvre cette mécanique, faite d'un *vocabulaire juridique* précis (V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*), parfois technique, voire ésotérique pour les profanes, en tout cas exigeant en raison de la relation directe qu'il y a entre un terme, un concept, une catégorie juridique et l'application d'une règle. Bien des termes juridiques sont empruntés au langage commun quoiqu'ils soient souvent déformés par l'utilisation que le droit en fait, comme la garde d'une chose qui est le cumul de pouvoirs d'usage de direction et de contrôle d'une chose. D'autres sont des termes purement juridiques, comme l'emphytéose, qui est le droit réel résultant d'un bail de longue durée, l'usucapion, forme d'accession de la propriété, la résolution, la résiliation, la réhabilitation, la rescision, la caducité, la nullité, etc., techniques de rupture des contrats, etc.

À partir de ces mécanismes élémentaires, qui sont déjà dans le droit, les règles juridiques peuvent effectivement et efficacement s'appliquer, rangées en principes et exceptions, en conditions, de fond ou de forme, et effets juridiques... qui feront d'ailleurs le ravissement des étudiants par leur logique. On se rend compte, cependant, de ce nécessaire préalable à l'observation de certaines règles récentes au langage, concept ou catégorie imprécis : ainsi lorsque la loi utilise le mot « produit », on ne sait guère s'il s'agit de meubles ou d'immeubles (V. *infra*, article D. Mainguy, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires* : RTD com. 1999, p. 43), ou bien lorsqu'elle envisage le « patrimoine » de l'humanité, il s'agit d'une notion étrange comparée au concept civil de patrimoine... C'est que la rigueur du droit s'impose chez le juriste, en aval de la loi mais aussi en amont, pour le législateur, le faiseur de norme en général, juge, praticien rédacteur de contrats, en une science de la norme, la légistique.

Le langage juridique emprunte alors des formes particulières. Ainsi, la loi pénale se caractérise par des formules du type « Est puni d'une peine de (...) », le fait (...) » ou bien « il est interdit de (...) sous peine de (...) ». Les règles civiles, en revanche, utilisent des formules souvent organisées sous forme d'un principe et d'exceptions ou bien de conditions et d'effets. Toute la difficulté est d'exposer la règle de façon simple, claire et intelligible, souvent en contradiction avec la technicité de la règle ou son caractère abstrait. Montesquieu invitait, ainsi, à une certaine rigueur « Ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre, doivent faire certaines attentions sur la manière de les former. Le style doit être concis (...). Le style des lois doit être simple (...). Lorsque dans une loi, les exceptions, limitations, modifications ne sont pas nécessaires, il vaut mieux n'en point prendre » (*L'esprit des lois*, livre XXIX, chap. XVI).

Dès lors, se développent des **théories générales en droit** qui ont pour objectif d'analyser les concepts, les notions communes à plusieurs institutions, de rassembler ces règles afin d'en dégager les grandes lignes, les principes et exceptions qui les régissent. Une théorie générale peut en effet se définir comme « un ensemble de définitions et de principes donnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures » (V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004). Certains auteurs critiquent d'ailleurs cette propension de la doctrine universitaire, la qualifiant de « faiseurs de systèmes », inutiles et virtuels et finalement faux. En effet, si les théories en droit se sont développées à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle sous la plume des auteurs (professeurs) de l'époque, ce fut à la fois pour sortir de l'impasse exégétique face aux exigences du temps, mais aussi, en reconnaissant l'existence et la force de la jurisprudence pour, disons-le sans peser le propos, la museler. L'idée même d'une théorie générale du contrat, de la propriété, de la responsabilité, etc., incluant les règles juridiques et leur interprétation, présentée comme scientifique et rationnelle

(et ce faisant), assure en effet un modèle d'étude, essentiellement professoral et propre, ainsi, à forger (figer ?) la pensée juridique. À l'inverse, une considération du droit plus ancrée sur sa pratique, sur les résistances sociétales, plus réaliste donc, conduit à critiquer l'esprit même de la « théorie générale » sur l'idée que les sources du droit se combattent, se contredisent tout autant qu'elles se combinent, que l'image d'une théorie générale abstraite et dressée en dogme se heurte à la réalité de la décision humaine. D'où la question faut-il encore enseigner, pratiquer le droit sur le fondement de théories générales ? Question compliquée d'abord parce que l'inertie liée à la culture juridique française existante rend impossible tout virage intempestif, mais également en raison de la force didactique des théories générales, au moins comme proposition d'exposition et de résistance à l'émission du droit. Ainsi, presque toutes les notions du droit sont l'objet de ce traitement : le droit lui-même, les sources du droit, le procès, les droits subjectifs, la propriété, le contrat jusqu'à des institutions ou concepts plus diffus, la sanction, la déchéance, la vie, etc. Mais c'est essentiellement une pratique *critique* ou *dubitative* qui doit guider l'observateur juriste : des théories certes, mais sans y croire et sans cynisme.

Dès lors, c'est évidemment sur cette base scientifique que peut s'élaborer une **recherche juridique** par la doctrine essentiellement (V. *infra*, n^{os} 177 et s.). Évidemment, nulle machine extraordinaire, nulle blouse blanche penchée sur une quelconque paillasse dans les laboratoires juridiques. Pourtant la recherche juridique s'élabore à partir de l'étude scientifique du droit, soit à propos de techniques juridiques, l'étude de telle règle, tel concept, telle institution, soit à propos du droit lui-même.

Il apparaît clairement alors, que le lien entre toutes les notions ici évoquées, notions, concepts, catégories, logique, théories générales, a pour fondement cette méthode scientifique fondée sur la recherche juridique, entendue comme une observation ordonnée de cet ensemble. La finalité de la recherche juridique est la compréhension des institutions juridiques plus souvent sous forme d'autojustification que de critique réelle : il paraît toujours curieux de s'interroger sur la notion de contrat, ou la question de la propriété, notions connues depuis des millénaires, alors même qu'elles sont l'objet sinon d'incertitudes, du moins de conceptions différentes qui évoluent au gré des besoins du corps social ou de l'appréhension de telle valeur supérieure (comme aujourd'hui la large prise en compte des droits de l'homme à travers les règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) et de façon à faire évoluer les analyses et, donc, les règles de droit. L'objet de la recherche juridique *en droit* est alors l'appréciation du fondement des règles de droit, de leur application, leurs combinaisons, très souvent dans le droit lui-même et plus rarement en considération de l'entourage juridique, à travers la philosophie, l'histoire, le droit comparé, l'étude systématique de la jurisprudence, de la doctrine, de la sociologie juridique, de l'économie.

64. - L'expérience contre la logique. La difficulté de cette présentation tient au fait qu'elle est figée, et ce faisant inexacte, quoiqu'utile ne serait-ce que sur un plan didactique, ce qui n'est la moindre des contradictions.

On dira que, *en général*, le discours juridique se présente de manière logique, selon la matière préalablement indiquée, mais que la compréhension du droit, son interprétation et son application supposent une grande relativité dans leur mise en œuvre. L'expérience du droit montre en effet que les contradictions dans cette présentation sont très nombreuses. Par exemple, les standards juridiques ont relativement peu à voir avec l'idée de logique juridique dans la mesure où ils révèlent des « notions à contenu variable », des notions dont la variabilité est donc consubstantielle à leur existence. Or c'est le cas de très nombreuses notions du droit, la faute, l'abus, la notion de délai « raisonnable », de motifs, de justifications, et tant d'autres. Il suffit d'ouvrir un texte de loi au hasard pour relever ces nombreux standards juridiques, dont il est d'ailleurs difficile de faire l'inventaire et plus encore de les définir. Ainsi,

on peut affirmer sans trop se tromper qu'un contrat est un acte de volonté productif d'effets juridiques dont des obligations, mais il est impossible d'affirmer que la faute, l'abus, ont telle ou telle définition : tout dépend des conditions de la variabilité de ces notions. De même, les notions, concepts, institutions sont variables en fonction des interprétations, des règles nouvelles qui apparaissent. La notion de personne par exemple, très longtemps identifiée à la notion de personnalité juridique est aujourd'hui totalement remise en cause avec les règles en matière de bioéthique, l'institution de la famille, presque intégralement contenue dans le Code civil jusqu'à il y a peu, est aujourd'hui une institution protéiforme. Disons donc que cette logique du droit se marie avec l'expérience du droit, qu'elle a une valeur pédagogique essentielle, mais qu'elle n'est pas normative.

B - Les sciences voisines du droit

65. - Hétéronomie ou autonomie du droit ? Le droit bénéficie de nombreux apports extérieurs. La présentation majoritaire veut que le droit soit isolé et s'étudie de façon autonome, autonome du reste des sciences sociales, des sciences humaines (V. *supra*, n° 16).

On peut considérer au contraire que le droit s'inscrit dans une perspective historique, sociologique, philosophique. Le droit est sans doute une matière très complexe qui justifie des études propres, internes. Mais celles-ci ne peuvent ignorer sa proximité avec d'autres sciences, des sciences – qui sont plus exactement autant de méthodes d'appréciation différentes – plus ou moins voisines que le droit utilise comme auxiliaires. Un juriste qui ignorerait ces méthodes serait un très mauvais juriste tout comme un économiste qui ignorerait tout du droit serait un très mauvais économiste. Cette conscience de l'hétéronomie du droit est pourtant réapparue récemment en France, à la fin du XIX^e siècle essentiellement, étouffée qu'elle était par la proximité du Code civil et le choc qu'il avait produit sur les esprits d'alors.

66. - Philosophie et théorie du droit. Les philosophes furent, peut-être, les premiers à approcher la notion de droit dans sa globalité, les fondements ou les critères du droit. Platon, Aristote, Hobbes, Locke, Rousseau, Voltaire, Kant, Marx, pour ne citer que les plus connus, ont largement pensé ces questions, tout en étant, le plus souvent des non-juristes, qui pensent « droit » en termes de justice, ou de représentation du droit, tandis que le philosophe rompu à la chose juridique songe à la mise en pratique de ses travaux, comme nous avons déjà pu l'envisager. L'objet de la philosophie du droit n'est pas immédiatement normatif : elle se propose de comprendre l'essence du droit, la raison des règles de droit et leur finalité, soit une philosophie *du* droit : qu'est-ce que le droit ? C'est la question de l'*ontologie juridique* ou une philosophie *sur* le droit : qu'est-ce que devrait être le droit ? C'est la question de la *déontologie juridique* (V. *infra*, B. Oppetit, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 5). Dès lors, mais indirectement, un effet normatif pourra se produire. Telle règle sera par exemple préférée à une autre par le législateur parce qu'elle satisfait telle aspiration philosophique. Ainsi fut perçu le Code civil lors de sa promulgation, comme l'outil juridique propre à inscrire en droit positif les enseignements des philosophes des Lumières, même si c'est plutôt l'inverse qui se produit : telle règle est appréciée ou critiquée en raison de sa filiation ou sa contradiction avec telle conception philosophique (par ex. : la rétroactivité des lois). Ainsi, la notion de propriété est l'occasion de débats philosophiques entre les tenants d'une justice supérieure, apparentée au divin ou à la raison (V. DDHC, art. 2 et 17 ; C. civ., art. 544), et les positivistes partisans d'une efficacité du droit indépendante de toute idée de justice mais envisagée comme une simple fonction sociale (V. *supra*, n°s 40 et s.).

67. - Sociologie juridique. Les sociologues, ethnologues, anthropologues, bien sûr, attirés par l'étude des comportements humains et de la société dans ce qu'ils

peuvent avoir de plus complexe, développent des études importantes qui tendent à améliorer le droit dans le sens qui répond à l'évolution des mœurs.

Le but de la sociologie juridique est d'observer les règles de droit d'un point de vue extérieur au droit. Le droit est envisagé comme un simple phénomène social, selon la méthode inspirée par Durkheim, un fait social comme un autre, ce qui irrita tant les juristes. Il s'agit de mesurer l'effectivité du droit, ou son ineffektivité, le taux de connaissance du droit mais aussi d'observer les modes d'organisation sociale autres que le droit : l'amitié, l'honneur, la tradition, la politesse, les mœurs, la coutume. Jean Carbonnier, l'un des grands civilistes de ce siècle, fut ainsi le promoteur d'une compréhension plus matérielle du droit, plus pragmatique, moins juridique : l'expérience contre la loi (V. *infra*, J. Carbonnier, *Flexible droit*, 11^e éd. 2000). Ainsi en est-il, par exemple, du droit du travail, simple article du Code civil au départ (C. civ., art. 1780) qui est devenu un énorme code face au besoin de protection des salariés. Ainsi en est-il encore du droit de la famille où les relations sont d'abord étudiées en sociologie : le divorce, la filiation, réformée en faveur de l'égalité du traitement juridique de la filiation légitime, naturelle ou adultérine. Ainsi en est-il surtout du droit pénal : la sociologie criminelle, la criminologie, est une application particulière de la sociologie juridique. Les questions suscitées par ces observateurs sont redoutables et dépassent les seules techniques juridiques : le droit doit-il évoluer face à l'évolution constatée des faits, à l'ineffectivité de telle règle de droit ou, au contraire, doit-il apprécier ces faits, ces mœurs changeantes, pour résister contre « le lieu commun selon lequel le droit doit s'adapter aux faits » (V. *infra*, Ch. Atias et D. Linotte, *op. cit.*) ? C'était déjà les questions posées à propos du divorce, avant 1884 ou avant 1975, comme à propos de l'IVG, de la peine de mort, du PACS, des 35 heures.

De façon voisine, l'*anthropologie juridique* assure une autre méthode de compréhension du droit (V. A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005) à partir de l'observation d'un fonds commun de l'homme et sa juridicité mais aussi de l'évolution des droits des sociétés humaines, pour dégager des constantes sur la famille, les échanges, le contentieux par exemple. La discussion du projet de loi sur le mariage pour tous a ainsi été l'occasion de violentes controverses sur la fonction anthropologique du droit. De même l'*épistémologie juridique* étudie le droit comme objet de connaissance scientifique : comment telle règle est née, comment est-elle comprise, appliquée, pourquoi telle autre règle est-elle envisagée dans tel sens alors que, originellement, elle l'était de façon différente... (V. Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985).

Une autre manière de faire de la sociologie juridique est d'envisager le comportement des juristes, des avocats, des professeurs, des juges (V. *infra*, B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, 2010).

68. - Histoire et histoire du droit. L'enchaînement des événements historiques est déterminant pour connaître les sociétés humaines passées, les civilisations, mais aussi, et peut-être surtout, comprendre la nôtre. L'histoire est donc une donnée essentielle pour comprendre le droit. De façon plus précise, les historiens du droit étudient les institutions dans l'histoire mais également les outils juridiques qu'utilisèrent les hommes. L'histoire du droit privé est, ainsi, une branche importante et, ce, d'autant plus que le droit des obligations est, pour l'essentiel, issu du droit romain. L'étude de l'histoire du droit permet, ainsi, de mieux comprendre l'évolution des règles et, par là, de mieux asseoir celles que nous connaissons aujourd'hui.

69. - Économie et analyse économique du droit. Les économistes s'intéressent de près aux règles de droit dans la mesure où le droit participe, pour beaucoup, à la réalisation des objectifs économiques. La science économique dans son rapport avec la société, avec le droit – on parlait auparavant d'*économie politique* – cherche, en effet, à chiffrer l'effet de telle ou telle action ou activité. En ce sens, le coût de telle règle, ses effets indirects (les économistes parlent d'*externalités*) intéressent la

compréhension et l'application des règles : le coût du procès civil, par exemple, élève considérablement le seuil d'accès au droit, en deçà duquel les règles ne sont qu'un vœu (ce qui n'empêche d'ailleurs pas qu'elles soient appliquées, ce qui pose la question de savoir pourquoi des règles non sanctionnables sont respectées). Inversement, les règles juridiques intéressent les calculs économiques : la charge du risque de l'inexécution d'un contrat par exemple, l'existence d'une assurance obligatoire, la protection d'un contractant, le formalisme, la question du quantum d'indemnisation des victimes, etc. Ainsi, telle mesure fiscale incitera telle initiative sociale ou économique, telle loi sur la concurrence révélera une inspiration dirigiste, keynésienne, ou libérale au contraire : Hayek aussi inspire (parfois) les juristes (V. F. Hayek, *Droit, Législation, Liberté*, PUF, 1994.). L'ordonnance du 30 juin 1945, dirigiste, appelée à régler les difficultés d'une économie de pénurie, ou celle du 1^{er} décembre 1986, d'inspiration plus libérale, fournissent un bon exemple de conceptions économiques différentes de la règle de droit, comme les débats autour de la protection d'un contractant, en droit de la consommation ou en droit des contrats plus globalement. Les juristes français sont pourtant peu enclins à effectuer des analyses économiques du droit au contraire des juristes anglo-américains. Cela s'explique, sans doute, par l'histoire du droit moderne né de la révolution intellectuelle du xviii^e siècle, tout entier voué à une analyse *morale* et janséniste du droit : le Bon, le Bien, le Juste contre l'Utile encore que l'on explique souvent que le Code civil est empreint des idées physiocratiques et libérales de son époque, fondées sur la terre et les immeubles, alors même que le xix^e siècle s'est déroulé dans un esprit de libéralisme globalement ignoré par la culture juridique.

L'**analyse économique du droit** (*Law and Economics*) née aux États-Unis (V. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1^{re} éd. 1973) se propose ainsi d'analyser systématiquement les effets (ou les causes) économiques des règles de droit (C. Mouly et J.-P. Centi, *Droit prospectif*, Aix, 1987 ; *Droit et économie : Arch. phil. dr.* 1992, t. 37). C'est un mouvement issu de la présentation de l'économie comme technique de validation de l'idée de coopération dans les relations humaines, dans l'esprit de la philosophie libérale anglaise et écossaise, apparue dans le courant du xx^e siècle, comme une application de la théorie néoclassique (la théorie classique étant issue des analyses de Smith ou de Say), mais aussi comme une application du réalisme juridique de l'entre-deux-guerres, et surtout développée à partir des années 1960 et au tournant du libéralisme social conduisant à l'État-providence que nous connaissons, comme une critique de celui-ci. Cette méthode est particulièrement vive pour apprécier les règles juridiques elles-mêmes, avec l'École des *Public choices*, des choix publics, de l'efficacité des règles, de la mesure de cette efficacité, supposant une collaboration étroite entre analystes économiques et juristes.

Elle l'est également pour modéliser les moyens du droit, les contrats notamment, la propriété, la concurrence, les entreprises (théorie de la firme). C'est une méthode qui suit les préceptes philosophiques en ce sens que le contrat (au sens de l'échange et non au sens du droit civil) est envisagé comme l'outil le plus adéquat pour assurer la meilleure allocation des richesses entre parties, ce dont tous les juristes sont en général persuadés et font l'expérience, mais en poussant l'analyse très loin, souvent par des modélisations mathématiques qui échappent, le plus souvent aux juristes européens.

Le premier objectif de l'analyse économique du droit (AED) est de comprendre, analyser et évaluer économiquement les règles de droit, et ce faisant mesurer leur pertinence économique (V. E. MacKaye et E. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008). Cette question se présente sur le fondement de l'analyse sociologique selon laquelle la norme juridique n'est ni omniprésente ni omnipotente. Par exemple, à la question « le salaire minimum garanti s'impose-t-il ? », le juriste technicien, plonge dans son Code du travail, le philosophe s'interroge sur

la Justice, la plus-value, la valeur travail, etc., et l'économiste sur les effets positifs (richesse minimum, niveau de vie minimal, aide aux plus démunis, valorisation minimum du travail, etc.) et négatifs (surcoût du travail, délocalisation, effet négatif sur les jeunes, etc.) du SMIC. L'AED se propose ainsi d'offrir des outils permettant une sélection des règles qui offrent le meilleur taux d'efficacité économique. Elle mesure par exemple un changement de règle et vérifie si ce changement assure, ou non, un résultat économiquement meilleur que la règle précédente, mesuré en termes d'augmentation de bien-être ou de valeur. Ce faisant, l'AED envisage les acteurs du droit comme des agents qui cherchent à maximiser leurs satisfactions dans toutes leurs décisions (quelle qu'elles soient : se marier, divorcer, adopter un enfant, acheter une voiture plutôt qu'une autre, emprunter, commettre une faute, un délit, engager une action judiciaire, etc.) dans un concert de règles qui sont considérées comme des outils permettant d'identifier un « prix » et que l'on peut ramener à l'idée juridique de sanction. L'AED se divise en nombreuses écoles, les institutionnalistes, les libéraux, les comportementalistes, etc., l'opposition célèbre entre l'École de Harvard (« l'ancienne » École de l'AED pour l'École de Chicago) et l'École de Chicago avec un auteur fondamental, Richard Posner.

L'un des points cardinaux de l'AED repose sur le « théorème de Coase », élaboré par Ronald Coase, en 1960 (*The Problem of Social Costs*, après *The Nature of the Firm*, 1937) et qui se présente ainsi : dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, l'allocation des droits de propriété se fera automatiquement de manière optimale, par le jeu des échanges et des marchandages auxquels les agents procèdent, et ceci quelle que soit la répartition initiale de ces droits. En d'autres termes, ce sont les coûts de transaction, c'est-à-dire tous les coûts produits par la coopération entre agents (coût d'information, coût de rédaction d'un contrat, coût fiscal, coût administratif, mais également et surtout, les coûts externes, les externalités, qui sont les effets du contrat sur les tiers, etc.) qui importent et point l'attribution, initiale des droits. Le point de départ est donc celui d'un monde parfait, sans coût de transaction et qui ne saurait être meilleur (système pareto-optimal). Dans ce monde-là, si un agent envisage de rédiger un contrat, par exemple, d'achat d'un terrain pour la construction d'une usine, il est clair que la production industrielle va créer des externalités négatives pour les voisins (pollutions sonores, visuelles, physiques). La question qui se pose est alors de savoir s'il convient, ou non, de restreindre, par la loi, l'industriel, ou non, ou bien de savoir si le pollueur, titulaire d'un droit à polluer, a le droit de préjudicier le pollué (*should inflict harm*) ou réciproquement, dès lors qu'il suffira de s'entendre sur le prix du dommage ou du droit de polluer, dans l'un ou l'autre cas. Peu importe donc de savoir qui dispose du droit, droit de polluer ou droit d'obtenir des dommages et intérêts, puisqu'il suffira de conclure un contrat ayant ce droit pour objet. Mais comme ce monde n'existe pas et les coûts de transaction sont bien réels, une intervention étatique (loi ou décision de justice) ne se justifie que pour améliorer un « équilibre de Pareto », soit pour emporter des coûts de transaction inférieurs et inférieurs à ceux produits par un autre mode d'intervention, et que les bénéfices réalisés par l'action de l'État soient supérieurs aux coûts de transaction. À cette condition, l'intervention juridique sera pareto-éfficace, l'ensemble étant fondateur de la *nouvelle économie institutionnelle* ou *néo-institutionnalisme* et qui, avec des auteurs comme Oliver E. Williamson par exemple, s'interrogent sur le rôle juridique, économique, social, joué par les institutions. La « théorie de l'agence », celle des droits de propriété, des coûts de transaction, du marché, etc., en sont issus. Ils supposent, dans la lignée de la théorie classique, une approche en terme de choix rationnels, eu égard à une asymétrie d'information et une approche stratégique du comportement des agents et qui, pour cette raison est critiquée, car les choix des agents économiques ne sont, précisément, pas toujours rationnels. Ce faisant l'hypothèse d'une rationalité limitée des agents est à l'origine d'une

conception plus sociale, dite théorie de la convention, ou de la régulation (V. *infra*, comp. Ph. Batifoulrier [ss dir.], *Théorie des conventions*, Economica, 2001. – Comp. D. Mainguy, *Le problème posé par le théorème de Coase, le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental*, in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret [ss dir.], *L'impact de la norme environnementale en milieu contraint, exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoire Éditions, 2012, p. 108).

Richard Posner (*Economic Analysis of Law*), va entraîner en profondeur ce mouvement dans les facultés de droit nord-américaines et produire un nombre très important d'études, et dans les années 1980 s'engage un débat sur les fondements de l'AED, comme alternative à l'analyse continentale (disons française et de la méthode « juridique » traditionnelle fondée sur la logique et la morale) sur le point de savoir si la notion d'efficacité ou d'efficience est un critère possible d'attribution des droits, dans la tradition utilitariste, ou bien si l'attribution des droits ne dépend pas d'autres considérations, les droits fondamentaux notamment, qui ne sont, par nature, pas patrimonialisés et donc insusceptibles d'évaluation en terme d'efficacité, comme le pensent notamment Ronald Dworkin ou les libertariens. Au-delà de ces approches, multiples, spécialisées et en perpétuel mouvement, l'intérêt de ces analyses est d'offrir une autre méthode que celle retenue classiquement en droit français et qui, pour schématiser, est soit d'ordre logique (« la règle pose que »), soit d'ordre moral (« il semble bon que »), alors qu'une analyse économique permet parfois de renverser les propositions, ou tout simplement d'offrir une analyse alternative, comme c'est très souvent le cas en droit des contrats par exemple à travers la question de l'efficacité des actions de groupe ou de *l'efficient breach of contract*.

Section 3

L'évolution du droit

§ 1. - L'ÉVOLUTION DU DROIT (FRANÇAIS) DANS LE TEMPS

70. - Question de l'évolution du droit : cycles, progrès, déclin du droit. Les normes juridiques n'ont pas de vie propre. La question de « l'évolution » du droit emprunte ainsi à une conception organiciste qui voudrait que le droit soit susceptible de changements par lui-même. C'est un raccourci : ce sont bien les juristes, législateurs, juges, etc., qui font évoluer les normes juridiques, le droit, parce qu'eux-mêmes évoluent au gré des évolutions des besoins de droit. Bien des considérations sont proposées autour de la question de l'évolution du droit, entre progrès du droit, ou déclin au contraire, cycles, voire stabilité.

Il peut s'agir d'une progression cyclique (A. Leca, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, PUAM, 2000. – M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923) : l'histoire, les institutions, le droit seraient ainsi le produit de cycles, d'amplitude variable, comme si le cours de l'histoire pouvait être assimilé à celui des saisons. Mille exemples semblent vérifier cette hypothèse : des institutions ressurgissent du passé au gré des besoins du corps social, la fiducie, la procédure d'*amicus curiae*, le rescrit, le divorce par consentement mutuel, etc. ; les institutions elles-mêmes ne feraient que des apparitions cycliques depuis l'Antiquité, dont l'Empire romain donne l'exemple, la monarchie, la République, l'Empire, le régime laïc ou religieux, etc. L'idée même de loi, consacrée au plus haut point sous une forme publique et sacrée, en Grèce, plus globale à Rome, se dissout dans les coutumes

pour mieux renaître avec les Lumières, jusqu'à une prochaine dissolution, immanquablement prévisible. Ainsi, toute « Révolution » future serait, au sens propre du terme, un retour à un état ancien, une redécouverte.

Une autre présentation propose l'évolution du droit ou de l'histoire de manière linéaire. Le plus souvent il s'agit d'une présentation sous la forme d'une évolution vers un *mieux*, que ce soit sous la forme d'une simplification du droit, ou plus souvent, exprimée en termes qualitatifs sous la forme d'un *meilleur*. Le droit évoluerait sous la forme d'un progrès, constant ou par étape, et ce progrès s'identifierait à l'idée de loi. Cette présentation est, depuis les Lumières notamment, celle qui est le plus souvent présentée, un progrès linéaire tendrait à apporter plus de justice, plus de liberté, plus de sécurité, plus d'égalité, etc., en un mot plus de bonheur. Le « droit au bonheur » consacré par la Constitution américaine qui n'est pas plus surprenant que le droit à l'égalité ou à la fraternité de la devise française, reprend les thèmes de la Modernité en philosophie. À partir du moment où l'homme, dans son rapport au droit, se détache de la nature ou de Dieu, et donc d'une sujétion à un ordre extérieur, qu'il admet son individualité, son « moi » juridique, il peut en effet se donner ses propres lois, fruits de sa raison, laquelle peut s'améliorer en permanence. « Nous sommes des nains juchés sur des épaules de géants », vers un progrès illimité. Aucun retour en arrière ne serait possible ou en tout cas ne serait tolérable puisque le passé est un « moins bien », un « pire », ce qui explique par exemple les tensions sociales qui naissent des crises économiques qui se succèdent depuis les années 1970 et qui emportent des « reculs » sociaux considérés comme inacceptables, sauf à nier le fait même que le progrès soit linéaire.

Assez curieusement cependant, cette idée de linéarité de l'évolution du droit est également présentée en un sens inverse, afin de convaincre d'une évolution sans heurt, sans rupture : le droit de la Révolution française est ainsi nié, ramené à une période « intermédiaire » (E. de Mari, *Le droit intermédiaire – Posture juridique, imposture politique et vacuité d'une convention*, in *Rupture[s] in Révolution*, Univ. Paris II, 2011) vide de sens, comme si, entre le droit de la monarchie finissante et le Code civil il n'y avait rien, rien d'intéressant en toute hypothèse, tout comme le droit de Vichy est présenté comme une « parenthèse », comme les passages entre les différentes époques juridiques, de Rome à la V^e République, avaient été homogènes, harmonieux, et prédéterminés.

Parfois d'ailleurs, ces deux critères sont combinés. Ainsi, le positivisme anglo-américain justifie le nécessaire conservatisme du juge, à travers le respect strict de la règle du précédent et l'impossibilité, en principe, pour le juge de créer une norme nouvelle, tout à la fois par l'histoire de la formation de la *Common Law* et par l'idée selon laquelle le juge ne fait qu'appliquer des règles idéales qui lui préexistent et que le juge, en « surhomme » est ou doit être capable de déterminer. Les règles existant à un moment donné seraient le produit d'un droit « premier », juste, cohérent, complet qui prévoit tout, et notamment les techniques permettant de résoudre les difficultés techniques qu'un juge actuel rencontre dans le traitement d'un cas. De même, en droit français justifie-t-on la cohérence du système juridique par le fait que les antinomies de normes, les conflits de normes ou bien les difficultés d'interprétation de la norme obscure, incomplète ou absente répondent à des règles, assez mystérieuses, faites d'adages, de principes qui pourtant ne sont pas écrits. Ils flottent, en quelque sorte, dans l'histoire, comme s'ils provenaient d'un temps, un Âge d'or du droit, une époque formidable où il n'y avait aucun conflit, aucune obscurité, où tous ces conflits pouvaient être résolus.

L'idée d'un tel « Âge d'or » du droit n'est pas expressément formulée, mais peut se déduire, par induction, des formulations impliquant l'idée de permanence, de stabilité du droit, dans ce qui a pu être résumé comme un faux positivisme, un positivisme nostalgique (V. *supra*, n° 56). Extrêmement puissant ce courant, ou plus exactement,

cette habitude de penser le droit (cf. C. Jamin, *Les habitudes de penser de la doctrine*, in N. Dissaux et Y. Guenzoui [ss dir.], *Les habitudes en droit*, Dalloz, 2015, p. 83), se fonde sur des formules comme l'idée que le Code civil, « Constitution civile des Français », serait sacré, que l'histoire créerait des constantes dans le raisonnement juridique, par la reconnaissance de « principes généraux » peu important qu'ils ne soient nullement posés, que des termes juridiques, « contrats, "famille" "personnes", seraient en eux-mêmes porteurs de règles intangibles. La formule, largement partagée, implique l'idée que le droit comme les juristes sont tout à la fois conservateurs et nostalgiques et constructifs, dans un paradoxe complexe qui permet de montrer que la construction *progressive* du droit se fait par référence à des règles explicites ou implicites, qui lui préexistent. Dès lors, le juriste, le juge notamment, *découvre* une règle présentée comme nouvelle, ou la redécouvre ; il *n'invente* point. Pas plus que Christophe Colomb n'a *inventé* l'Amérique ou Neil Amstrong la Lune, le juriste n'invente des règles ou des concepts : il ne fait que *découvrir* ou *redécouvrir* des concepts existants ou bien s'il en crée, c'est sur la base d'outils existants qui font que l'œuvre nouvelle était, implicitement, contenue dans le droit premier, le droit originaire, complet et merveilleux. C'est un paradoxe peu expliqué et pourtant souvent présenté par les juristes, selon lequel l'homme est partagé entre une volonté d'être associé au progrès, social, technique, littéraire, politique ou économique et en même temps conserve un souvenir de la sagesse des Anciens. On pourrait tout aussi bien considérer la situation comme exactement inverse : Christophe Colomb n'a pas *découvert* une Amérique qui n'existait pas pour les Européens, il (ou "on") l'a bien *inventé* et de même, les juristes ne découvrent pas des règles qui préexistent, mais les inventent. Mais, "par prudence, peut-être par sagesse, le juriste est avant tout soucieux de stabilité et de continuité" écrit ainsi Jean Gaudemet (cf. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 2^e éd. 1999, p. 25). Le juriste serait ainsi le gardien d'une stabilité dont il sait bien, lui, qu'elle est nécessaire à la société, faite autant de règles que d'ordre, de continuité, d'autorité. Le modèle est ici celui de la coutume et les évolutions, législatives ou pire jurisprudentielles, seraient autant de bouleversements de cet ordre établi qui ne seraient acceptables que pour des raisons impérieuses : le caractère démocratique de la loi ou la continuité dans l'œuvre jurisprudentielle, tandis que la coutume assurerait, au contraire la perpétuation de l'ordre établi. L'un des principaux théoriciens de la stabilité du droit est sans doute Ripert dont le célèbre ouvrage *Les forces créatrices du droit* publié en 1955 commence par cette formule : "Parvenu à l'âge où il doit mener une vie active et indépendante, tout homme raisonnable, s'il considère l'ordre qui règne dans la société à laquelle il appartient, comprend la nécessité des règles juridiques et se soumet volontairement aux prescriptions qu'elles édictent. Seule l'observation générale et continue de ces règles peut lui donner la sécurité indispensable à une vie paisible. Tout ce qu'il possède, tout ce qu'il espère acquérir, la création d'une famille, la propriété des biens, l'organisation du travail, sa liberté même, tout cela suppose le maintien de l'ordre établi. De la permanence des règles dépend l'utilité de l'action, car aucune prévision ne peut être faite que sur la considération de ce qui existe" (G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, rééd. coll. "Reprint", 1994, n° 1). On saisit alors la confusion opérée entre les logiques de stabilité. La première est d'ordre politique, en faveur d'une société d'ordre : "Ainsi la notion même de droit est en elle-même une notion statique (...) la longue durée des lois en assure l'observation machinale parce que l'habitude crée la soumission volontaire (...). Le droit, qui prend sa valeur dans la continuité, y prend en même temps sa légitimité". Devenue coutume, la loi est ainsi appelée à la stabilité et tout ce qui pourrait entraver cette stabilité serait contre-productif, ou illégitime, à moins que cela résulte du progrès ordinaire, de l'évolution de l'ordre des choses. Cette conception politique invite au conservatisme contre le *volontarisme* ou l'*idéalisme* de certains juges notamment et

que l'on retrouve à travers la formule selon laquelle "le juge est la bouche de la loi". La seconde est technique : le droit expérimente un certain nombre d'outils, fondés sur la constance des problèmes à régler (les contrats, la propriété, la famille, etc.) et dont on peut penser que leur acceptation fonde la légitimité, de sorte que les alternatives à certains de ces outils n'apparaissent pas d'évidence, mais sans considérer que cette constance est un dogme.

La conception politique de la stabilité du droit envisage alors souvent l'évolution du droit en terme de déclin, le déclin du droit, surtout après la Seconde Guerre mondiale (A. Perrot, *La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit*, in *La doctrine juridique*, CURAPP, 1993, p. 181. – B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit : Droits* 1986, n° 4, p. 12), autour de l'hypothèse du déclin des lois, face à son inflation, de la spécialisation du droit, de sa technicisation, etc. Cette question pose le problème de la comparaison entre le droit supposé parfait et le droit en déclin. Elle se révèle également davantage comme une critique de la substance du droit que de la manière dont on ferait les lois ou de leur nombre, dans la mesure où le discours est associé à celui de la stabilité du droit et de sa permanence, menacés par l'inflation du droit qui affaiblirait le mécanisme global du système juridique, avec parfois, l'idée du transfert du pouvoir de faire les normes des professeurs vers l'administration ou à des autorités diverses.

Évolution linéaire, sous forme de progrès ou de régression, appel à la conservation, cycles, modèles, tous sans doute présents à des doses variables dans l'histoire, l'histoire du droit en particulier, le tout formant cet héritage commun. Une grande partie du droit actuel est assis sur des règles dont l'origine est ancienne : le Code civil date de 1804 mais est lui-même fruit du droit d'Ancien Régime, quand bien même la connaissance et la mise œuvre actuelles de ces règles ne dépendraient en rien de la manière dont on les connaissait ou interprétait autrefois. Un réflexe très contemporain, très consumériste, tente parfois de faire de cette ancienneté un vice. Sans doute bien des règles, bien des institutions peuvent ou doivent être revisitées, rajeunies, voire modifiées de fond en comble, au gré de l'évolution des mœurs, des pratiques, des besoins, mais cette ancienneté doit cependant être modulée en raison de l'actualité de l'interprétation des règles, anciennes ou non.

71. - Origine du droit français. D'où vient le droit ? D'où vient le droit français (V. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit français*, op. cit. – A. Leca, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, PUAM, 2000 ; *Naissance du droit français : Droits* 2003, t. 38. – J. Gaudemet, *Naissance du droit français*, op. cit.) ? Quels sont les actes qui les premiers marquent l'irruption d'un droit français ? Est-ce la victoire de Philippe II Auguste à Bouvines en 1214 ou son Testament de 1190 alors qu'il partait pour l'Orient ? Est-ce la gifle au pape Boniface VIII en 1309 infligée par Guillaume de Nogaret, envoyé du roi Philippe IV le Bel ? Est-ce la réponse du même à l'Empereur que le roi est empereur en son royaume de manière à résister aux principes romains selon lesquels le Prince (l'empereur) romain dispose de la toute-puissance en son royaume contre les prétentions de l'Empereur Germain qui s'estimait l'héritier de Rome et donc maître du monde ? Est-ce le refus de la suzeraineté anglaise promise par Charles VI ? Est-ce la première convocation des États généraux au XIV^e siècle ? Est-ce la Révolution française ? Faut-il remonter aux Gaulois, à travers l'appel à la « résistance » par Vercingétorix ? C'est une vieille tendance que de remonter ainsi à « nos ancêtres les Gaulois », pour des raisons politiques et romantiques. La III^e République, en effet, qui inspire les premières phrases de l'Histoire de France de Lavisse (« Autrefois, notre pays s'appelait la Gaule et ses habitants, les Gaulois ») fait le lien avec une vieille division française : le peuple (le tiers État) serait issu des Gallo-Romains, tandis que les nobles seraient les héritiers des Francs, prétention largement affirmée avant la Révolution française pour asseoir la division de la société en ordres. Proclamer que nos ancêtres sont

les Gaulois était donc un moyen habile de rompre avec cette double tradition : la République ne reconnaît qu'une seule nation, qu'un seul peuple. Or, le lien entre le droit français et les origines du droit n'est pas aisé, quand bien même les souches seraient communes à tous les droits occidentaux. On estime assez souvent que les civilisations antiques du Moyen-Orient ont inventé le droit, le Code d'Hammourabi (- 1800 av. J.-C.) en fournirait le témoignage. Les cités grecques, les expériences présocratiques, socratiques et aristotéliennes fondent un autre exemple qui a, outre les restes formidables qu'elles livrent en contemplation, proposant, déjà une division majeure entre droit naturel, droit des Dieux et droit positif, une étatisation de la violence. En réalité, ce sont surtout les Romains qui ont organisé et construit le droit en identifiant un droit écrit et surtout un droit complet, pas seulement fondé sur une philosophie politique et une éthique de la démocratie, du meilleur gouvernement possible, mais un droit privé. La fameuse loi des Douze Tables (450 av. J.-C.), exigées par la Plèbe pour disposer de lois connaissables par tous (prélude à l'idée de Code civil), exposée au Forum à Rome, en atteste, puis détruite par une razzia gauloise. Cette étape inscrit le droit romain dans l'écrit et rompt avec le droit rituel. Puis ce furent les lois impériales, d'abord votées par les assemblées puis prises directement par l'Empereur et puis très longtemps après, la période des codes : le *Digeste*, qui rassemblait des commentaires doctrinaux de droit civil, les *Institutes* de Gaius vers 160 après J.-C., puis le *Code Théodosien* de Théodose II (438) rédigé à Constantinople et transmis à Rome (qui est le droit romain appliqué jusqu'à la redécouverte du droit justinien aux XI-XIII^e siècles), le Bréviaire d'Alaric, de 506, puis le *Code Justinien* ou *Corpus juris civilis*, vers 530 après J.-C., d'une autre qualité, qui réunissait le *Digeste* (ensemble des avis des jurisconsultes, l'*indigeste*, dira Montesquieu), les *Institutes* (manuel d'enseignement du code et du *Digeste*), le *Code* (recueil des constitutions) et les *Novelles* (constitutions postérieures au code). Le tout est une œuvre composite que l'on redécouvrira des siècles plus tard (XII^e siècle). On affirme, ainsi, que c'est la lecture par Bonaparte, alors jeune lieutenant mis aux arrêts, du Code Justinien qui l'inspira pour la rédaction du Code civil. Il est fort probable que ce sont ses lectures, ses enseignements fondés sur les acquis philosophiques de l'époque qui l'ont également mis sur cette voie. Le droit romain propose un ensemble de règles de droit civil qui coexistent avec d'autres règles, le droit canonique déjà, le droit coutumier. Nous en retenons surtout les règles du droit des obligations, les plus achevées, même si c'est au prix d'un anachronisme majeur et d'une réduction du droit romain à une photographie réductrice.

Le droit romain a peu à peu disparu après les invasions barbares au V^e siècle après J.-C. Jusque-là, le droit applicable sur tout le monde romain était le droit romain, déjà considéré comme le droit commun, le mythique *jus commune*. Les invasions barbares, au contraire, ont tout bousculé, apportant les systèmes juridiques germaniques coutumiers différents pour chaque peuple d'envahisseurs et conduisant à la division du droit. Au départ, cette division était essentiellement personnelle : les Gallo-Romains appliquaient le droit romain, les Wisigoths le droit wisigoth, les Alains le leur (comme aujourd'hui au Liban et dans le Moyen-Orient en général). Puis cette division s'est opérée par territoire : sur le territoire des Francs s'appliquait le droit franc, quelle que soit sa population.

72. - Pays de coutumes et de droit écrit. Le droit du Moyen Âge est pluriel : le droit savant, fondé sur le droit romain, plus exactement la redécouverte du droit romain, alors romanisé, et sur le droit canonique, propre à supplanter le droit des coutumes, celles des « barbares », la loi des Burgondes, le « Code » d'Euric de 476, la loi « salique », qui est surtout un système de composition pénale. L'ensemble est complexe et se divise par territoire : au système de personnalité des lois se substitue un système de territorialité. L'Ancien droit distingue, grossièrement, les *pays de droit écrit*, globalement le sud de la Loire, beaucoup plus influencés par la conquête

romaine (le pays d'Oc) et qui appliquent des restes du Bréviaire d'Alaric, des *pays de coutumes* ou de *droit oral*, du nord de la Loire (le pays d'Oïl) davantage influencés par les lois germaniques.

Le droit du sud connu, vers le ^{xii}^e siècle, un renouveau considérable par la redécouverte du *Digeste*, effaçant le droit du Bréviaire d'Alaric ou de Théodose et donnant lieu à des études savantes, à Bologne, à Arles et Montpellier, par l'enseignement de Placentin, à Oxford. La « Grande Glose » donne à ce droit *écrit* une place considérable : les coutumes (du nord, sont rédigées), à travers des *Coutumiers* comme celui de Normandie qui fonde toujours le droit des îles Anglo-Normandes, celui de Beaumanoir de 1283 jusqu'à l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454 imposant la rédaction de presque toutes coutumes.

Un formidable *besoin de droit* apparaît en effet au Moyen Âge. Contrairement à l'imagerie populaire du Moyen Âge, il ne s'agit pas d'une période troublée et chaotique. Bien au contraire, le Moyen Âge se distingue par son organisation et sa structuration où la plupart des systèmes modernes se mettent en place, notamment en droit commercial, qu'il s'agisse des sociétés, des lettres de change, du droit des ventes de marchandises, du droit maritime. Mais la modernité n'était pas égale partout. Ce furent essentiellement les villes commerçantes, les foires, qui permirent ce nouvel essor. Le nord de la France et les foires de Champagne ouvertes au commerce avec les États germaniques, le sud plus ouvert au commerce avec les villes italiennes, d'où, sans doute, l'enracinement, entre le nord et le sud, des influences coutumières et romaines.

Déjà, avec le commerce, le « règne de l'argent » (V. J. Marseille, *Nouvelle histoire de la France*, t. 1, Perrin, 1999, p. 284 et s.) inquiète : les usuriers, Juifs ou Lombards, sont pourchassés, les créanciers du roi reprochent à Philippe le Bel d'être un « faux-monnaieur » en rognant sur l'or, créant ce qu'on appellerait de l'inflation. Cette distinction n'a cependant rien de figé. Le Nord connaît l'influence du droit romain, notamment du fait que le droit est étudié par les spécialistes de droit savant et le Sud a ses coutumes. Ajoutons le droit canonique, les édits ou ordonnances royales, ducales, comtales..., les personnes séparées en ordres, clergé, nobles (d'épée ou de robe) et tiers État, et l'on envisage la complexité du système juridique, du Moyen Âge à la veille de la Révolution.

Cette distinction entre pays de coutume et de droit écrit a eu tendance à s'estomper sous l'influence de la jurisprudence des Parlements et, notamment, du Parlement de Paris et d'une volonté politique, mais aussi du fait de l'influence des Universités et du règne du droit savant.

L'histoire de l'héritage de Philippe le Bel et de sa destinée, romancée par Maurice Druon et ses *Rois maudits*, illustre alors un phénomène considérable. Louis X, fils de Philippe IV, décède sans fils, mais laisse une fille, situation inédite depuis Hugues Capet : son frère Philippe V se saisit de la couronne en 1316 et une *Assemblée* légitime son trône : la couronne ne saurait tomber en *quenouille*. À sa mort, le dernier frère, Charles IV, lui succède et lui-même décède, laissant deux filles et une femme, Jeanne, enceinte d'une fille. Contre les prétentions du roi d'Angleterre, Édouard III, fils de la fille aînée de Philippe IV, une assemblée est convoquée en 1317. Assumant un anachronisme certain, cette « constituante » avait inventé une règle « constitutionnelle » en décidant que la règle de dévolution de la couronne supposait qu'elle passe à un héritier mâle, sur la base d'une interprétation de la « loi salique ». Une deuxième assemblée la compléta pour savoir si Jeanne, fille de Charles IV, pouvait « transporter » la couronne pour son propre fils et la couronne passe à un Prince français, Philippe de Valois, préféré à un Prince étranger. Ainsi, l'amorce des « lois fondamentales du royaume » ont été posées par des assemblées convoquées pour dire le droit, produit d'une volonté politique, qui marque par ailleurs le début de la guerre de Cent Ans avec son lot de morts, la Grande Peste de 1348 et son insécurité

politique : la guerre de Cent Ans prend fin après une nouvelle revendication anglaise, le sauvetage du « Gentil Dauphin » Charles VII par Jeanne d'Arc et une nouvelle loi fondamentale : la couronne est indisponible. C'est à la suite de cette terrible situation que le pouvoir royal, soucieux d'assurer l'unification du pays, décida de rédiger les coutumes en 1453, favorisant le rapprochement des diverses règles coutumières. Des juristes y contribuèrent largement, en enseignant le droit romain (V. F.-X. Testu, *Les glossateurs. Regards d'un civiliste* : RTD civ. 1993, p. 279), en participant à la réforme des coutumes, comme Charles Dumoulin (1500-1566) ou d'Argentré (1519-1590) ou en rédigeant des traités comme Jean Domat (1625-1696 : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*) (V. *infra*, P.-Y. Gautier, *Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal* : RTD civ. 1992, p. 529) ou Robert Joseph Pothier (1699-1772 : *Traité de droit civil*, rééd. 1861-1862, qui a inspiré nombre de règles du Code civil).

73. - Ancien droit, émergence d'un droit français, apparition de la notion de « loi » moderne, naissance du « droit français ». Pour concevoir un droit « national », encore convient-il d'entrevoir l'idée de nation. Celle-ci émerge de la Paix d'Augsbourg et l'appel du principe alors posé *Cujus Regio, ejus religio*, et avec le traité de Westphalie en 1648 et la transformation d'une *suzzeraineté* en une *souveraineté*, organisant un jeu nouveau, interétatique, qui s'imposera jusqu'en 1918 pour organiser les relations « internationales » et entamant la série d'échanges territoriaux consécutifs aux guerres européennes. Dans le même temps, les grandes ordonnances royales de Colbert furent un important facteur d'unification du droit (V. *infra*, P.-Y. Gautier, *Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau* : RTD civ. 1994, p. 67), dans quelques domaines tout au moins ; la procédure civile (1667), les eaux et forêts (1669), la procédure criminelle (1670), le commerce maritime (1673) et la marine (1681), le « Code noir » (1685), puis sous Louis XV, les ordonnances du chancelier D'Aguesseau sur les donations (1731), les testaments (1735), les substitutions (1747) et Louis XVI échoua dans ses propres projets. Si le concept de « loi » n'est pas étranger à l'Ancien Régime (V. *infra*, article J.-M. Carbasse, *Le roi législateur*, in *Naissances du droit français : Droits* 2003, t. 38, p. 3), les grandes ordonnances du XVII^e siècle témoignent d'une nouvelle méthode juridique : des avant-projets sont préparés, examinés et amendés par le Conseil de Justice souvent sous la présidence effective du roi, une forme de concertation s'élabore avec des députés des États généraux, voire avec des parlementaires, puis leur promulgation. À quelques détails près, le système est assez proche de la technique moderne d'adoption de la loi, y compris la discussion parlementaire, sans rapport avec le système démocratique, mais à travers le droit de remontrance au moment de l'enregistrement des lois.

On associe souvent le concept de loi à la Révolution ou au Code civil. Or, la « loi » est un ensemble de règles relevant du pouvoir normatif de l'autorité politique : à quelques rares exceptions près, comme l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui réforme notamment la Justice et impose le français comme langue officielle dans tous les actes juridiques, arrêts et jugements, contrats, testaments, ou celle de Blois de 1579, applique les règles du Concile de Trente pour faire échec aux mariages clandestins, le roi ne légifère pas dans le domaine du droit privé. C'est l'établissement ferme de l'autorité royale, à son apogée sous Louis XIV qui permet de *légiférer* dans tous les domaines. Paradoxalement, c'est Louis XVI qui se rapproche le plus de l'idée moderne de loi, à travers sa « Révolution royale » dont il tentera d'obtenir l'assentiment par un « Conseil des Notables » en 1788 puis, devant la fronde de la noblesse de robe, attachée à ses privilèges achetés, convoqua les États généraux qui signeront sa perte.

On associe également souvent « droit français » et Révolution ou Code civil, ce qui est, là encore, une erreur historique : le « droit français » est apparu avec les grandes ordonnances de Louis XIV et commencé d'être enseigné comme tel, et donc

comme concurrent des droits savants, dans les Écoles de droit. Le « droit français », fait de « lois », répond ainsi à la modernité des temps.

La Modernité, au sens philosophique, historiquement et juridiquement confondue avec la Révolution, marque la fin du sacré juridique, vers la magnification de la norme loi. La Révolution parachève l'idée de la modernité : les lois ne dépendent plus de l'observation de la nature, ni de l'obéissance à Dieu, dont le roi, très chrétien, est le représentant, c'est-à-dire d'une autorité venue du haut, mais de la raison, du consentement, d'une autorité venue du bas. Tel est l'enseignement de la « Liberté des Modernes » et du consentement nécessaire à la loi, produit du contrat social. D'expression de la volonté du souverain, elle devient l'expression de la volonté générale, mais ne change pas fondamentalement de contenu, sauf pour exalter des revendications nouvelles.

La période révolutionnaire (V. E. de Mari, *Le droit intermédiaire, op. cit.*) fut l'occasion de mettre en œuvre ces solutions et de réformer le droit français, l'Ancien droit, à la fois pour marquer la rupture avec l'Ancien Régime et pour s'inspirer des théories libérales des Lumières et des encyclopédistes du XVIII^e siècle. Après l'abolition des privilèges, le 4 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la « loi » tend à devenir la seule source de normes juridiques, supplantant les « anciens droits », droit savant et droit coutumier. Si en effet, la Révolution avait eu pour objectif de mettre à bas la Monarchie, absolue ou constitutionnelle, ce fut un échec cuisant, puisque ce type de régime ou ses déclinaisons, durèrent encore un siècle. L'œuvre de la Révolution est bien plus profonde : elle fonde le culte de la loi. Dès août 1789, l'abolition des privilèges dans un premier temps et surtout la Déclaration des droits de l'homme achevée de décider le 26 août 1789, sont la démonstration de cette dimension. L'article 1^{er} de la Déclaration proclame dès le départ que l'homme dispose de droits naturels inaliénables... qu'il appartient à la loi de déterminer.

La loi y est conçue comme présentant plusieurs caractères : l'*universalisme* de la loi, son caractère *volontariste*, et la capacité à procéder à des réformes d'ampleur et immédiates, « révolutionnaires », et enfin son assimilation à l'idée de Justice, à travers l'idée de *légalisme*. Par une forme de substitution d'un droit naturel l'autre, la loi bénéficie d'une forme d'autojustification où le droit, comme substance et comme légitimation, s'identifie à la seule loi et dont l'aboutissement est le légicentrisme, le culte de la loi, de l'autorité de la loi et une forme de positivisme idéologique auxquels se soumettent volontairement les hommes, juristes compris. Il s'ensuit une forme de délégitimation des autres sources de droit, la coutume et la jurisprudence notamment : « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements » selon la formule prêtée à Robespierre dont on a beaucoup surestimé la portée : c'est moins la jurisprudence que l'équité, ce Dieu terrible, qu'il s'agissait de terrasser. Il en résulte la théorie du juge automate ou du juge « bouche de la loi », de Montesquieu et l'assimilation du juge à l'« équité » ou à l'« arbitraire », donc non rationnel, par opposition à la loi, formule établissant un droit *certain* qui est en outre l'expression de la volonté générale et produit de la Raison.

74. - Le Code civil, la codification. L'aboutissement de la promotion de la loi est le Code civil, ce « monument » napoléonien, même si le Code civil n'est pas la première expérience de codification, après le Code *Frederic* de 1751 et le Code prussien de 1794, mais le premier à correspondre aux nouveaux idéaux philosophiques. Le projet de réaliser un système d'unification du droit avait déjà été tenté sous l'Ancien Régime, à travers l'enseignement du « droit français » mais aussi par les efforts des juriconsultes, notamment l'œuvre de Domat *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* ou les recueils de Pothier. Toutefois, c'est la Convention, à compter de 1793, qui décida un projet de Code civil, confié à Cambacérès. Après l'échec de deux projets, une nouvelle commission fut créée en 1795 (avec, déjà, Portalis) qui travailla pour

rédiger presque complètement un projet de code à la veille du 18 brumaire (9 nov. 1799). Premier Consul, Bonaparte désigna quatre hommes, quatre anciens avocats, pour finaliser le projet de « Code civil des Français », toujours sous la supervision de Cambacérès ; il s'agissait de François Tronchet, Félix Bigot du Préameneu, anciens avocats au Parlement de Paris, Jacques Maleville, avocat au Parlement de Bordeaux et surtout Jean Portalis, ancien avocat au Parlement d'Aix (V. R. Cabrillac, *Les codifications, op. cit.*). Ils devaient rédiger un Code civil, un « code de la nature », comme l'énonçait Cambacérès, chargé des premiers projets du Code civil, « l'impossible Code civil » (V. J. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992), abandonnés car trop philosophiques ou soumis aux vicissitudes de l'évolution de la Révolution française. On notera qu'il s'agissait de deux juristes des pays de coutumes et de deux juristes des pays de droit écrit, dont Portalis. Cette association permit, en reprenant à la fois le plan des *Institutes* du Code Justinien et les travaux de Domat et Pothier, une fusion des deux systèmes de droit ou, plus exactement, un partage du droit selon ces deux influences : au droit romain on doit, essentiellement, le droit des obligations et des contrats ; aux coutumes (et, surtout, celle du Châtelet de Paris), le droit des biens, des successions, des régimes matrimoniaux. En ce sens, le Code civil réalise un travail de synthèse entre les deux sources majeures de l'Ancien droit, le droit écrit et les coutumes, comme le reconnaissait lui-même, pour le promouvoir, Portalis, mais également les premiers commentateurs. Mais c'est bien une transaction entre les sources et non une transaction entre les textes (V. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil*, LGDJ, 1969, p. 5) qui reprennent, pour l'essentiel, le droit ancien, qu'il soit de l'Ancien droit ou du droit révolutionnaire. Ils rédigèrent le Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII) en trente-six lois successives, ouvrage d'une très grande qualité et qui fut la plus grande fierté de Napoléon. Montholon, qui le suivit sur l'île Sainte-Hélène, rapporte ainsi cette citation que l'on peut lire encore sur une fresque qui entoure le tombeau de l'Empereur : « 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 l'empereur Napoléon*, t. 1, p. 401).

Ce code, autoritaire (« S'agit-il du droit, l'individu n'est rien, la société est tout » selon Portalis) et assurant une forme de *paix bourgeoise*, guidée par deux éléments majeurs, la famille dominée par le mari, doté de la *puissance paternelle* et la propriété, droit absolu. Le modèle du Code civil, c'est ce mari, père et chef d'une famille légitime, propriétaire, qui peut gérer sa propriété par « les différentes manières de transférer la propriété », dont le contrat, fondé sur un modèle, la vente et plus exactement la vente immobilière, et le bail. En même temps à ce fondement autoritaire, dans la famille et face à l'État, comme l'article 6 du Code civil le précise très tôt (« on ne saurait, par des conventions particulières, déroger aux lois intéressant les bonnes mœurs et l'ordre public »), s'ajoutent des éléments d'égalité, notamment face aux successions, et de laïcité, le mariage civil précèdent le mariage religieux et l'état des personnes devenant un *état civil*.

75. - Influence du Code civil. L'influence du Code Napoléon fut considérable en France : de très nombreuses dispositions du Code civil sont toujours en vigueur aujourd'hui. Il fut également adopté par de nombreux pays ou exporté dans des territoires conquis par les armées napoléoniennes (le Grand-Duché de Bade, de Berg, ou en Rhénanie jusqu'en 1900), ou encore servit d'inspiration de nombreux codes. Ainsi, il est toujours applicable en Belgique et au Luxembourg. Le Liban, sous l'influence de Josserand dans les années 1930 pendant le mandat français, et malgré les secousses qui l'ont agité depuis, vit toujours au rythme du droit français, souche du droit applicable puis largement arabisé depuis l'indépendance, en 1943. Le Code civil fut longtemps appliqué en Suisse romande, dans le Grand Duché de Bade ou dans les pays rhénans. Il a largement inspiré le Code civil hollandais, roumain, italien,

espagnol, portugais, de Louisiane, du Bas-Canada, d'Haïti, du Japon, du Québec, de tous les États d'Amérique latine et, plus récemment, les pays africains nouvellement indépendants, mais encore des pays d'Asie, la Chine, le Japon, l'Afghanistan, etc. Son influence subit, cependant, la concurrence de codes plus récents, plus modernes, tels que le Code allemand, le BGB, en 1900 et le Code suisse, en 1883.

Ce succès du Code civil est unique. La France est, en effet, un pays de codes dont les vertus sont connues : concision, libre disposition, consultation par tous en un seul ouvrage, technicité, laïcité et grande généralité de ses règles conformément aux vœux de ses rédacteurs. Carbonnier reprenait la formule du XIX^e siècle selon laquelle le Code civil est la *Constitution civile des Français*.

On cite fréquemment également une citation de Portalis pour illustrer les vertus du Code civil : « qu'est-ce qu'un code civil ? C'est un *corpus* de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité ; l'office des lois est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière... C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... » (Portalis, *Discours préliminaire*, *op. cit.*, p. 42).

Régulièrement, les gouvernements (surtout au début de leur ministère) insistent de façon voisine, avant de donner cours à l'inflation législative que tous dénoncent ensuite...

76. - Vers l'inflation des codes ? Aussi de nombreux codes sont apparus : Code de procédure civile (1806), Code de commerce (1807), Code d'instruction criminelle et Code pénal (1810), formant avec le Code civil ce que l'on appelait alors « les cinq codes ». Aucun, cependant, hormis le Code civil (et encore, pour ce qui est du droit de la famille, grâce aux réformes des années 1960 et 1970) n'a survécu en l'état. Le Code de commerce, de mauvaise qualité en raison d'une question de principe sur le domaine du droit civil et du droit commercial qui n'a jamais été tranchée, ne connaissait plus, avant la recodification de 2000, que quelques règles disséminées. Un Code du travail a rassemblé, en 1973, les diverses lois qui le composent désormais. Mais, en raison de cette compilation, est apparue cette façon de numéroter les articles qui n'ajoute pas à leur entendement. Le Code de procédure pénale a été réformé en 1958 puis en 2001 comme le Code de procédure civile, en 1976 et le Code pénal en 1992, et encore plus récemment un Code de propriété intellectuelle (1995) et un Code de la consommation (1993), et bien d'autres encore depuis. Ainsi le Code de commerce, qui paraissait oublié, a été recodifié en 2000, de même que de très nombreux codes par une méthode de codification dite « administrative ». Mais la méthode a changé. Ce sont des codes compilations, des codifications dites « à droit constant » parce qu'elles se contentent de rassembler des textes préexistants, qui n'apportent rien, et n'emportent aucune réduction du volume considérable du droit applicable, des « codifications du pauvre » comme l'écrit, acerbe, Philippe Malaurie ; on est loin du souffle du Code civil. Sur cette base on compte aujourd'hui, depuis qu'une commission de codification a entrepris une vaste codification administrative, un très grand nombre de codes, plus de cinquante. À l'inflation des lois s'ajoutera celle des codes.

77. - Flux et reflux : décodification et recodification. La période qui conduit de 1804 à 1880 constitue la période d'apogée du Code civil, appelé alors Code Napoléon, vénéré comme un ouvrage exceptionnel (J.-L. Halpérin, *op. cit.*). D'ailleurs, relativement peu de lois sont adoptées au cours de cette période, tant le Code civil apparaît parfait : « l'ensemble des journaux officiels parus entre 1804 et 1850 contient moins de lois qu'il n'en est aujourd'hui publié en une seule année » (J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, LGDJ, 1994, n° 141). C'est à cette époque que naît l'École de l'exégèse qui entend demeurer systématiquement dans le cadre du contenu du Code civil (V. *infra*, n° 193).

De 1880 à 1945, apparaît, à l'inverse, une période de récession du Code civil. L'évolution des mœurs et des techniques issues de la Révolution industrielle laisse apparaître ses lacunes et ses défauts. La propriété mobilière, les outils juridiques de l'industrialisation, le contrat de travail sont inconnus, tout comme le contrat d'assurance, car le Code civil est un code de propriétaire foncier, fondé sur la ruralité. Aussi apparaissent quelques grandes lois non codifiées. Citons la loi de 1867 sur les sociétés, la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, la loi de 1930 sur le contrat d'assurance, les grandes lois sociales de 1936, etc. Apparaît également tout au long du XIX^e siècle et du XX^e siècle un mouvement de *décodification*, dont la principale victime fut le Code de commerce dont il ne subsistait, à la veille de la nouvelle codification du Code de commerce en 2000, que quelques articles d'origine. C'est un mouvement assez singulier qui n'a touché que ce code, des cinq premiers, comme si l'idée même de code avait vocation à s'inscrire dans le temps alors que la matière commerciale s'y sentait à l'étroit.

Dans le même temps que le culte du Code civil décroît, toute une série de grandes difficultés s'avère difficilement compatible avec la généralité des règles du Code civil. Ainsi, les règles de la responsabilité ont été largement approfondies par la Cour de cassation dans une série de décisions devenues célèbres. Elles déplacèrent l'attention des observateurs spécialisés de la loi vers l'étude de la jurisprudence qui consacrait la théorie de la responsabilité sans faute du fait des choses (arrêt *Teffaine*, 16 juin 1896), de l'enrichissement sans cause (arrêt *Boudier*, req. 15 juin 1892) ou bien encore de l'abus de droit (arrêt *Clément-Bayard*, req. 3 août 1915).

Les travaux d'auteurs plus jeunes comme ceux de Saleilles ou de Gény cherchaient à dépasser le seul Code civil, par la libre recherche scientifique, c'est-à-dire en faisant appel à l'histoire du droit, à la sociologie sous l'influence, d'ailleurs de l'École historique allemande (V. F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 1899). Une phrase est, surtout, restée ; Gény affirmait au contraire des tenants de l'École de l'exégèse que l'interprétation des lois doit s'écarter de sa stricte contemplation, tout en restant dans ses limites comme l'indique Saleilles, son préfacier : « par le Code civil mais au-delà du Code civil » (F. Gény, *Méthode*, *op. cit.*, n° 186 et V. *infra*, n° 194).

78. - Flux et reflux : conservatisme, libéralisme et socialisme juridiques.
L'un des autres éléments importants de variation des systèmes politiques français et du contenu du droit repose sur les modèles politiques. Si l'Ancien Régime se caractérise par une double logique, celle d'une « Étatisation » du droit, au profit du Roi, monarque absolu, qui s'affirme notamment avec les ordonnances royales de Colbert, et celle d'un pluralisme des sources (droit canonique, droit romain, droits locaux, etc.), la Révolution française puis l'Empire, la Restauration, la Monarchie de Juillet, la II^e République et le Prince Président, le Second Empire, la III^e République et son accouchement compliqué, Vichy contre la France Libre, la IV^e République puis la V^e République font la démonstration d'une forte variabilité des systèmes politiques, dont découle le fondement des lois. Il est parfaitement clair, par exemple, que la démocratie a apporté une forme de « légalisation » de l'idée de justice, avec une certaine recherche d'un d'équilibre entre la « tradition » et le « social », et finalement une séparation qui paraît nette entre le droit privé et le droit public, mais qui est en réalité très complexe. En outre, l'impulsion du social et de son environnement (protection sociale, budgétisation et étatisation des coûts sociaux, etc.) rend très difficilement compréhensible la formidable technicité des lois modernes, si on les compare aux « cinq codes » de 1804 à 1810. Fondamentalement, cependant, le droit français est demeuré d'inspiration libérale, au sens du libéralisme politique français de la fin du XVIII^e siècle et du libéralisme économique du XIX^e siècle, libéralisme corrigé par les règles sociales de plus en plus importantes.

79.- Conservatisme contre conservatisme : le droit sous Vichy et le droit de de Gaulle, les réformes de 1944-1945. Ce n'est pas dire que cette dualité libéralisme et socialisation, figurée d'ailleurs par des auteurs du début du xx^e siècle qui modélise cette idée d'un droit libéral-social ou social-libéral, satisfait tous les Français. On oppose souvent en effet la pensée conservatrice à la pensée libérale, sans toujours bien déterminer ce qui doit être ainsi conservé : la société d'ordre de la Monarchie modélisée par Joseph de Maistre (et dont il reste beaucoup de traces dans la société française), un ordre moral et social fondé sur l'image de la famille mariée, de la place de la morale (catholique), de l'activité professionnelle tournée vers le corporatisme et une certaine forme de corporatisme, une propriété privée inamovible et les deux cents familles actionnaires de la Banque de France ? Les images de la pensée conservatrice ont, en toute hypothèse été voilés par la funeste expérience du droit sous Vichy qui aujourd'hui, symbolise et stigmatise l'idée d'un droit conservateur.

Quelques études majeures et d'ensemble ont montré que le droit sous Vichy servait une double inspiration (V. B. Durand [ss dir.], *Le droit sous Vichy*, Montpellier, 2005). La première est la plus connue et la plus scandaleuse, la législation antisémite et la collaboration avec l'occupant, les rafles, les déportations, la lutte contre la Résistance. L'ensemble a fait l'objet, dès 1944 et sur la base des travaux d'une Commission de législation créée en 1941 par le général de Gaulle et présidée par René Cassin, d'ordonnances qui annulèrent ces « actes dits lois » de Vichy, sur le fondement du rétablissement de la légalité républicaine, titre de l'ordonnance du 9 août 1944 (« La forme du gouvernement de la France est et demeure la République [...] en droit celle-ci n'a jamais cessé d'exister »). La seconde est plus « ordinaire », plus politique mais non moins importante. En effet, Vichy produit plus de 16 000 lois et décrets en quatre ans (ce qui est considérable), qui touchèrent à toutes les branches du droit et plus précisément aux premiers des trois piliers de l'État vichyste, le travail, la famille, ainsi le droit du travail, le droit des sociétés, le droit de la famille, l'organisation professionnelle et la création d'un « droit professionnel » corporatiste, les droits des baux, la législation sur les prix, etc. Or, s'il est clair que cette législation pléthorique visait à réaliser la « Révolution nationale », discours de la France vichyste, elle s'inscrivait dans un discours de modernité. Ainsi en était-il des lois en matière sociale dont la fusion illustrait, en négatif, les promesses non tenues par la III^e République, par exemple en matière de retraites, mais aussi l'abandon de l'incapacité de femme mariée. Bien entendu, certaines de ces règles étaient acceptables, voire souhaitables, pour autant qu'elles ne s'inscrivissent pas dans la logique d'abandon et de collaboration qui était la substance du régime.

Dès lors, la législation de la Libération (mais également de la Résistance et de la France Libre qui ne cessa pas de légiférer (V. le formidable article de B. Beignier, *Charles de Gaulle et la République [1940-1944] : Mél. Ph. Malaurie, Defrénois, 2009, p. 51*) fut confrontée à une option : ou bien tout annuler et revenir à la situation juridique existant au 9 juillet 1940 (veille du « coup » du 10 juillet 1940), voire avant le départ du Gouvernement pour Bordeaux, ou bien faire la part entre les lois pour en conserver certaines. Ce deuxième parti ayant été retenu, non sans mal ni débats, les lois de Vichy furent réparties en plusieurs catégories, les lois annulées rétroactivement (les lois antisémites essentiellement), les lois annulées mais dont les effets demeuraient validés, les lois conservées pour des raisons locales et les lois conservées parce que constituant un progrès, le tout sur la base d'un nombre considérable d'ordonnances entre 1944 et fin 1945, auxquelles s'ajoutaient les règles nécessaires au rétablissement d'un ordre démocratique, républicain, économique et social, rétablir une monnaie (dès avant le débarquement afin de contrer les projets américains d'une occupation de la France, l'AMGOT), rétablir la Justice, pour juger Vichy sans doute mais aussi pour limiter les excès immanquables d'une justice expéditive qui

suit la Libération. Il demeure donc que dans le domaine civil et économique, la détermination au cas par cas a assuré, sur le fondement de la sécurité juridique, le maintien de bon nombre de règles, comme la question fameuse du statut de la femme mariée, issue d'une loi de 1942, avec quelques artifices parfois. Ainsi, le 1^{er} mai instauré « Fête du Travail et de la Concorde Sociale » en 1941 sur la base d'une loi, abrogée en 1945, et rétablie ensuite en 1947 sur une base républicaine, quoique conservatrice et sociale, le mélange paradoxal de ces deux fondations étant réalisées, un court instant, par l'esprit de la Libération.

La politique juridique de la Résistance aboutit cependant à l'idée que le droit doit changer, par rapport à Vichy mais aussi par rapport à celui de la III^e République. Les travaux du Comité national de Résistance appelaient à une réforme globale, vers une démocratie sociale et économique, assurant à la France sa place et sa grandeur, et rassemblaient de grands noms de juristes résistants, vers une réforme du Code civil.

Après 1945, toutefois et malgré la constitution de commissions chargées d'étudier la réforme de la codification (V. R. Houin, *Les travaux de la commission de réforme du Code civil* : RTD civ. 1951, p. 34), l'élaboration conflictuelle et finalement laborieuse de la Constitution de la IV^e République marqua un retour aux pratiques de la III^e République, et finalement, c'est cette forme de « trahison » de l'esprit de la Résistance qui conduisit à l'avènement du général de Gaulle et de la V^e République en 1958.

On assista alors un certain renouveau juridique, dans presque tous les domaines, achevant en quelque sorte, par les ordonnances de 1958 et 1959, puis par la législation postérieure, la deuxième phase de la réforme entamée en 1944-1945 par l'abrogation des lois de Vichy, esprit de réforme qui parvint à réaliser une première dans l'histoire du droit moderne, réformer le Code civil (V. *infra*, article R. Cabrillac, *Recodifier* : RTD civ. 2001, p. 833), au cours des deux décennies de 1960 et 1970. La réforme du Code civil s'est opérée par étapes, par des réformes importantes de pans entiers du code dans les domaines du droit de la famille essentiellement, confié par Jean Foyer à l'autorité du doyen Jean Carbonnier (V. *infra*, les leçons qu'il en tire *in Essai sur les lois*, Defrénois, 2^e éd. 1996 et *Droit et passion du droit*, Flammarion, 1996) et qui doivent leur succès à leur incorporation harmonieuse dans le Code civil (V. *infra*, G. Cornu, *La lettre du Code à l'épreuve du temps* : *Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 197) : la réforme du statut des incapables mineurs (1964), des régimes matrimoniaux (1965 et 1985), de l'adoption (1966, 1976), des incapables majeurs (1968, 2007), de l'autorité parentale (1970), de la filiation (1972, 2005, 2020), du divorce (1975, 2000, 2004), de l'indivision (1976), de l'absence (1977), de la société (1978), du PACS (1999), des successions (2001, 2006), du mariage (2006, 2013), etc.

L'ensemble marque une autre forme de conservatisme que celui de Vichy, fait d'une considération nationale du droit, de la place de l'État, du respect de la propriété, de la famille, de l'autorité également sans doute, et une alliance forte quoique discrète avec les forces sociales, ce que l'on appelle le gaullisme politique.

80. - Retour du libéralisme ? Depuis les années 1970 et l'avènement de la puissance réglementaire de la Communauté devenue Union européenne, la législation française a rompu avec le modèle précédent, s'inscrivant dans une logique libérale plus marquée – au sens économique du terme –, et ce quels qu'aient été les gouvernements mis à part la période 1981-1983, qu'illustrent, par exemple, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a installé un droit de la concurrence libéral en France, la loi de 2001 sur les « nouvelles régulations économiques » et la loi de 2008, loi de modernisation de l'économie. Ce « libéralisme » n'est pas nouveau. Le Code civil est, dans ses éléments économiques, libéral, comme la liberté du commerce et de l'industrie supprimant les corporations et les jurandes en 1791, les propositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la liberté contractuelle, le principe de généralité de la faute et de réparation du préjudice (illustrant la pertinence du

couple liberté/responsabilité), etc., montrent que les règles juridiques étaient, depuis le début, fondées sur une conception libérale du droit. Ce qui est nouveau, c'est la défaite d'une certaine forme d'autorité, dans les familles, dans l'entreprise, de l'État, qui se traduit en droit par les réformes récentes du droit pénal, de la famille, du travail, etc., avec concomitamment l'accroissement des règles perçues comme libérales et imposées par l'esprit économique du libre-échange, notamment du droit communautaire et de la globalisation, la mise en concurrence des droits d'autorité, droit social et de la protection sociale, droit fiscal, droit de l'environnement, droit des sociétés, etc.

81. - Codifications modernes. Dans le même temps, la codification moderne, celle des années 1990 et 2000, présente un visage plus technique, pour ne pas dire plus triste, comparé à la méthode de codification de 1804, qui présente certes des imperfections mais qui assurait l'essentiel des objectifs d'une codification : simplification et accessibilité de la loi et celle de la précédente vague des années 1960 et 1970. L'inflation des codes plus haut envisagée s'est particulièrement accélérée. Ainsi, la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance pour l'adoption de la partie législative de certains codes qui se traduit par l'élaboration de codes nouveaux : Code de l'enseignement, Code monétaire et financier, Code de l'environnement, Code des juridictions financières... Il ne s'agit pas à proprement parler de codification au sens traditionnel du terme. Il s'agit d'une forme de codification administrative, par consolidation, à droit constant donc, destinée à intégrer les lois existantes sur un même thème dans un ordre logique, un peu à la manière des techniques de *restatement* américaines.

§ 2. - L'ÉVOLUTION DU DROIT DANS L'ESPACE

82. - Droit comparé. Contrairement au droit commun, le *jus commune*, rêvé parfois par certains et à laquelle les grandes déclarations universelles sur les droits de l'homme ou les efforts d'harmonisation internationale invitent, la diversité des droits règne, selon les peuples et les pays. Le droit comparé et ses spécialistes, les comparatistes, aspirent à la connaissance de ces systèmes juridiques étrangers pour les rassembler, observer les différences, les ressemblances et leurs raisons.

La matière exerce également une grande influence sur le droit français, de façon plus ou moins rigoureuse. Est rigoureuse l'analyse méthodique des règles de divers pays par exemple pour comparer l'état de telle règle interne et, éventuellement, proposer une réforme. Ne l'est pas, en revanche, l'invocation rapide de l'existence d'une règle étrangère (temps de travail, relations homosexuelles, politique criminelle, pour les hypothèses les plus fréquentes) pour justifier une modification législative dans un souci assez vain de compétition des droits face aux sempiternelles réflexions du type « le droit français sera-t-il le dernier à admettre telle loi ? ». Le droit comparé est une méthode qui, ignorée, provoque une acculturation juridique, une greffe qui serait immédiatement rejetée.

Plusieurs grands systèmes juridiques sont ainsi identifiés. Le système *romano-germanique*, dans lequel s'inscrivent le droit français et, plus globalement, les droits européens continentaux et latino-américains, est issu de l'influence du droit romain, des coutumes germaniques et du christianisme. Il repose sur le postulat du caractère préalable et général de la règle, la législation, d'où le succès de la codification dans nos systèmes. Le système des *pays de Common Law*, au contraire, ne place pas la loi sur un tel piédestal mais privilégie une formation progressive de la règle, la *Common Law* assistée de l'*equity*, par les décisions des juges même si, aujourd'hui, la législation prend de plus en plus de place. Le mécanisme suivi par les juges anglais est

le suivant : au lieu de vérifier si le litige qui leur est soumis correspond à telle règle légale, les juristes anglais recherchent des précédents, c'est-à-dire des décisions rendues dans des affaires du même type et ils argumentent sur les similitudes ou les différences des situations de fait qui leur permettent de retenir une solution. D'autres systèmes juridiques existent également, feus les systèmes *socialistes*, et surtout les *systèmes religieux* ou *philosophique*. Les systèmes religieux, comme dans les pays musulmans, admettent une notion de droit très différente de la nôtre, car entièrement fondée sur la loi religieuse. Les systèmes philosophiques, comme en Chine, sont fondés sur des rites, les traditions qui ont souvent plus d'importance que le droit. Finalement, les systèmes juridiques occidentaux, romano-germaniques et anglo-saxons, quelles que soient leurs différences, apparaissent comme des sociétés entièrement fondées sur le droit, l'État de droit, sa proclamation, son accès, et comme des sociétés consommatrices de droit. Elles le sont bien plus que les autres systèmes, sans compter les systèmes traditionnels, qui demeurent plus rétifs au droit tel que nous le concevons d'où, parfois sans doute, l'insuccès de l'exportation de systèmes typiquement juridiques comme le droit du travail ou les droits de l'homme.



Bibliographie

Le lecteur aura perçu que le premier chapitre consacré à « l'objet de l'intervention du droit », était une forme d'« échauffement » juridique, avant que d'aborder des questions autrement plus complexes, dans ce second chapitre et surtout cet ensemble de notions consacrées à la règle de droit, sa détermination, d'une part, et sa mise en perspective, notamment dans ses fondements ou dans son évolution, d'autre part.

1 ♦ OUVRAGES

a) Sur la définition de la règle de droit et ses fondements, les auteurs présentant une philosophie de droit ou de philosophie ou de théorie du droit se retrouvent dans quelques ouvrages importants, même généraux, et parfois non réédités (comme ceux de M. Villey) :

- Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999; *Épistémologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985.
- H. Batiffol, *Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1986.
- J.-C. Billier et A. Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.
- J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 11^e éd. 2000; *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1994; *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd. 2000; *Essai sur les lois*, Defrénois, 2^e éd 1996; *Droit et passion du droit*, Flammarion, 1996.
- S. Neuville, *Philosophie du droit*, LGDJ, 2019.
- B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.
- R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007.
- G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1936.
- A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2^e éd. 2018.
- M. Villey, *Philosophie du droit*, 2 t., *Définitions et fins du droit; les moyens du droit*, Dalloz, rééd. 2008; *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003.

b) De manière plus spécifique, on pourra consulter un rassemblement de réflexions :
– C. Thibierge (ss dir.), *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009 ; *Le droit souple : RTD civ.* 2003, p. 599 ; Travaux Assoc. H. Capitant, *Le droit souple*, 2009.

c) S'agissant du normativisme et de la théorie réaliste de l'interprétation (TRI) :
– V. Champeil-Desplats et M. Troper, *Propositions pour une théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, ss dir. V. Champeil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzcyk, Bruylant, 2005, p. 11.
– H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Dalloz, 1962.
– M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle : Mém. Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 143 ; *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *Interprétation et droit*, ss dir. P. Amselek, Bruylant, 1995, p. 241 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 72 ; *Droit et nécessité*, PUF, 2004.

d) D'autres ouvrages spécifiques, de philosophie du droit, d'analyse économique, de sociologie ou d'anthropologie juridique sont cités :

– P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964.
– Ph. Batifoulier (ss dir.), *Théorie des conventions*, Economica, 2001.
– J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in J. Clam et G. Martin (ss dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, 5, p. 21.
– B. Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1819.
– M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. « Essais », 1998.
– V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit... et le transformer*, Dalloz, 2017.
– J. Habermas, *Droit et morale*, Seuil, 1996 ; *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.
– F. Hayek, *Droit législation et liberté*, PUF, coll. « Quadrige », 1994 ; *Droit, législation et liberté*, PUF, 1973, 3^e vol.
– E. Jeuland, *Théorie relationniste du droit, de la Franch Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016.
– B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, 2010 (exceptionnelle plongée dans le cœur du Conseil d'État).
– E. MacKaay et E. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.
– R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1^{re} éd. 1973.
– J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987.
– N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988.
– A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993.
– A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
– J. Vincent et alii, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 2010.
– G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1998.

e) Sur des ouvrages de théorie générale ou de présentation des normes :

– Ch. Albigès, *L'équité en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2000, t. 329 (pour une présentation de la question de l'équité, et son traitement, en droit privé).
– D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 9.
– S. Becqué-Ickowitz, *Le parallélisme des formes*, thèse Paris II, 2002.
– D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000.
– F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899, rééd. LGDJ, 1954 ; *Sciences et techniques en droit privé positif*, 1924.
– Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 230.
– D. Mainguy, *Le raisonnable en droit des affaires*, in J.-L. Bergel et Th. Bonneau (ss dir.), *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010 ; *Le problème posé*

par le théorème de Coase, le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental, in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (ss dir.), *L'impact de la norme environnementale en milieu contraint, exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoire Éditions, 2012, p. 108.

– M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2001.

– Ch. Perelman et R. Vanderlinden, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

– C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

– J.-Y. Puissechot, *Vous avez dit confiance légitime ? : Mél. G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 581.

– S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, thèse Paris II, LGDJ, 1980.

– G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1955; *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1927; *Le régime démocratique et le droit civil contemporain*, LGDJ, 1938; *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, réimpr. 1996.

f) Sur la section consacrée à l'évolution du droit dans le temps, pour ne pas dire, de l'histoire des normes ou du droit, et au-delà de l'indispensable ouvrage de M. Carbasse (*Introduction historique au droit français*, PUF, 2008) :

– A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil*, LGDJ, 1969.

– B. Beignier, *Charles de Gaulle et la République (1940-1944) : Mél. Ph. Malaurie*, Defrénois, 2009, p. 51.

– R. Cabrillac, *La codification*, PUF, 2002.

– G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF; *La lettre du Code à l'épreuve du temps : Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 197.

– B. Durand (ss dir.), *Le droit sous Vichy*, Montpellier, 2005.

– B. Durand, J.-P. Le Crom et A. Somma (ss dir.), *Le droit sous Vichy*, Die Europa der Dikatur, 13, Francfort, 1996.

– J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 2^e éd. 1999.

– D. Gros (ss dir.), *Le droit antisémite de Vichy*, Le Seuil-Le Genre Humain, Paris, 1996; *Juger sous Vichy*, Le Seuil-Le Genre Humain, Paris, 1994.

– J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, coll. « Histoires », 1992; *Le Code civil*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996; et l'excellent *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996.

– A. Leca, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, PUAM, 2000.

– D. Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989.

– E. de Mari, *Le droit intermédiaire – Posture juridique, imposture politique et vacuité d'une convention*, in *Rupture(s) in Révolution*, Univ. Paris II, 2011.

– J. Marseille, *Nouvelle histoire de la France*, t. 1, Perrin, 1999, p. 284 et s.

– N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998.

2 ♦ ARTICLES

a) – J. Charmont, *La socialisation du droit : Rev. métaphysique et morale* 1903, p. 380.

– B. Oppetit, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain : Mél. D. Holleaux*, Dalloz, 1991, p. 317.

b) – X. Magnon, *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? : RTD civ.* 2009, p. 269.

– M. Troper, *La signature des ordonnances – Fonctions d'une controverse : Pouvoirs* 1987, n° 41, p. 7.

c) – Llewellyn, *Some Realism about Realism* : *Harvard Law Review* 1944, 1222-1254, p. 225 et s.

d) – E. Agostini, *L'équité* : *D.* 1978, chron. p. 7.

– Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé* : *RRJ* 1982, p. 219.

– Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit aux faits* : *D.* 1977, chron. p. 252.

– H. Batiffol, *Les revirements de jurisprudence* : *Arch. phil. dr.* 1967, 335.

– Th. Bonneau, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement* : *D.* 1994, p. 24.

– R. Cabrillac, *Recodifier* : *RTD civ.* 2001, p. 833.

– Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur* : *JCP G* 1988, I, 3343.

– N. Descot, *Les règles de droit civil non sanctionnées* : *RRJ* 2008, p. 1299.

– Ph. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts* : *RTD civ.* 1979, p. 481 ; *Pouvoir juridique et pouvoir moral* : *RTD civ.* 1990, p. 625 ; *Les frontières du droit et de la morale* : *RRJ* 1983, p. 334.

– D. Mainguy, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires* : *RTD com.* 1999, p. 43.

– Ph. Malaurie, *L'intelligibilité des lois* : *Pouvoirs* 2005, 113, p. 131 ; *Les sanctions en droit privé* : *Defrénois* 2006, 38333.

– D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons* : *D.* 2008, chron. 1776.

– N. Molfessis : *RTD civ.* 2000, p. 185.

– C. Mouly, *Les revirements pour l'avenir* : *JCP G* 1994, I, 3376.

– C. Mouly et J.-P. Centi, *Droit prospectif*, Aix, 1987.

– B. Oppetit, *La résurgence du rescrit* : *D.* 1991, chron. p. 105.

– B. Oppetit et alii, *Droit et économie* : *Arch. phil. dr.* 1992, t. 37.

– F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc., réflexions sur la dégradation des sources privées du droit* : *RTD civ.* 1995, p. 509.

– F. Pollaud-Dulian, *À propos de la sécurité juridique* : *RTD civ.* 2001, p. 487.

– J.-M. Pontier, *À quoi servent les lois ?* : *D.* 2000, chron. p. 57.

– C. Puigelier, *Mots à sens multiples et règle de droit* : *Arch. phil. dr.* 2004, t. 48.

– *Varii auctores*, *Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif* : *RDC* 2008, p. 979 et s.

– P. Voirin, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences* : *JCP* 1959, I, 1467.

e) – J.-M. Carbasse, *Le roi législateur*, in *Naissances du droit français* : *Droits* 2003, t. 38, p. 3.

– P.-Y. Gautier, *Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal* : *RTD civ.* 1992, p. 529 ; *Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau* : *RTD civ.* 1994, p. 67.

– R. Houin, *Les travaux de la commission de réforme du Code civil* : *RTD civ.* 1951, p. 34.

– A. Leca, *Naissance du droit français* : *Droits* 2003, t. 38.

– F.-X. Testu, *Les glossateurs. Regards d'un civiliste* : *RTD civ.* 1993, p. 279.



CHAPITRE 2

LE PROCÈS

83. -Présentation. Les règles de droit, les droits subjectifs ou les libertés qu'elles organisent assurent de la manière la plus harmonieuse possible l'organisation sociale, la vie en société. C'est un vœu pieu : mon droit s'oppose à celui de mon voisin et, préalablement, mon besoin, mes désirs, se heurtent à ceux de mon voisin. Si je suis propriétaire d'une maison, j'ai le besoin de l'habiter, tout comme mon voisin qui en est dépourvu. Il est illusoire et utopique d'imaginer que l'organisation de ces droits peut s'effectuer sans heurt. C'est très exactement l'inverse, notamment dans un système juridique d'inspiration libérale : le droit oppose des intérêts légitimes distincts et souvent en concurrence, et met ce faisant au jour des *conflits*, des *litiges*. Il est totalement invraisemblable de considérer que ces conflits peuvent être réglés par des normes juridiques en tant que celles-ci, générales et abstraites, seraient aptes, en toute circonstance, à régler des situations, particulières et concrètes. Quand bien même de telles normes existent et sont posées pour régler, par anticipation, de tels conflits, elles ne les résolvent pas, par l'incapacité de ces normes générales d'envisager, même un instant, les conflits réels à venir. L'un des moyens de réaliser une certaine organisation, voire une certaine harmonie, repose sur le contrat : je peux ainsi louer ma maison à mon voisin et ainsi de suite, la plupart des relations sociales peuvent être organisées sur le modèle du contrat, de la coopération. Même ainsi cependant, les heurts demeurent et la seule manière (civilisée) de réduire ces heurts, ces litiges, est de s'en remettre à un tiers désintéressé, le juge et donc le procès. L'organisation des relations juridiques sans la prise en compte est soit imparfaite – nécessairement – soit incomplète, soit incomprise, soit inconnue. Cette approche du droit, comme technique de résolution des litiges est, il vrai, peu présente dans le discours juridique français, où l'on s'en remet plus aisément au législateur qu'au juge pour régler un conflit, ce qui ne satisfait que les naïfs. On pourrait considérer alors le litige comme une sorte d'erreur, un cas pathologique, une exception. La tradition anglo-américaine présente la situation de manière inverse : le droit n'est que conflit,

que le juge tranchera. Une approche mixte est sans doute plus réaliste : le droit est fait d'un ensemble de normes juridiques (peu importe qu'elles soient nombreuses ou non) qui servent de support à la résolution de litiges, par leur interprétation au cas concret. Le litige implique alors une *contestation* d'un droit ou d'une situation juridique, la contestation d'une créance ou d'un droit de propriété, la contestation d'un état civil, d'un permis de construire, etc., impliquant de la trancher et ce faisant une *sanction* qui sera la résolution de ce litige : sanction d'une personne, sa punition, comme le droit pénal en promet tant, d'un acte juridique, d'une situation juridique quelconque. Un tel litige peut se régler de différentes manières : la transaction, la médiation, la conciliation, le contrat donc, sont des formules douces. Le procès, plus ordinaire, permet de confier à un tiers, un juge le plus souvent, le pouvoir de trancher ce litige.

Mieux, toute situation juridique doit en principe se traduire de deux manières. Elle peut d'abord se résoudre par elle-même. C'est la situation commune : le débiteur paie le créancier, le non-proprétaire respecte la propriété du propriétaire, l'administré exécute les prescriptions de l'Administration, etc. L'exécution spontanée des droits et obligations est – heureusement – la situation ordinaire, commune. Elle peut cependant se solder par un litige : le non-proprétaire ne reconnaît pas la propriété du propriétaire, le débiteur estime n'avoir pas à exécuter ses obligations, l'un des époux ne veut pas divorcer, etc. La nécessité d'un mode de règlement de ce litige, dont le procès est le modèle, s'impose alors sur le constat de l'existence d'un principe interdisant de se faire justice à soi-même (V. *infra*, J. Brisset, *Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne se fait justice à lui-même »* : Arch. phil. dr. 1976, p. 205).

Cette présence du juge implique alors la prise en compte, dans l'ordre juridique, de la place de ses décisions, celles des *juges du fond*, qui tranchent le litige dans son intégralité : tel débiteur est condamné à exécuter le contrat qu'il a conclu et à payer des dommages et intérêts, et, surtout, celle des *cours souveraines*, celles qui disposent du pouvoir de rendre une décision qui n'est pas susceptible d'être censurée, la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel notamment parce qu'elles posent les conditions juridiques, normatives, de la validité des décisions des juges du fond. Ainsi, en est-il d'une décision de la Cour de cassation devant laquelle est présenté le procès d'une décision d'appel, pour savoir si la décision d'appel est, ou non, conforme à l'interprétation, usuelle ou nouvelle, de la norme juridique applicable à ce cas concret. Ce sont ces dernières décisions qui forment ce que l'on appelle la *jurisprudence* et dont nous verrons que le statut, mal posé en droit français, assure toutefois que les normes de source jurisprudentielle sont des normes juridiques ordinaires. Toutefois, et parce que ces normes sont de source jurisprudentielle, et pas de source légale, le fait que leur force normative soit la même (voire supérieure) n'ôte rien au fait que ces normes ne se présentent pas de la même manière. Par exemple, derrière un bel arrêt de cassation qui se prononce sur un point important de droit, une question relative à la cause du contrat par exemple, se niche une myriade de décisions du fond (dont celle qui est l'origine de notre arrêt) et qui repose sur un litige entre un contractant qui souhaite l'exécution d'un contrat et l'autre qui s'y oppose, leurs avocats invoquant divers arguments techniques, juridiques ou factuels, lesquels se résument, finalement, devant la Cour de cassation, à une question relative à la cause du contrat.

84. - Contentieux et juridictions, modes alternatifs de règlement des litiges.

Le contentieux et le procès ne sont donc pas de simples pathologies du droit (qui serait donc parfait dans son expression), mais bien le mode normal d'expression de la norme juridique. Le droit se réalise ainsi naturellement à travers le règlement des conflits, le procès. Les litiges sont alors portés devant des *juridictions*.

Nul ne peut se faire justice à soi-même, ou plus exactement se faire justice à soi-même, ce qui arrive, est interdit, en général. À la vengeance privée, un droit d'État de droit substitue la justice, au sens institutionnel du terme (autre étant la question, déjà vue, de savoir si la justice, institution, rendra Justice, valeur). La justice est ainsi faite de juges, lesquels sont en droit français, relativement impersonnels. On évoque aussi bien l'expression « le juge » que « les juges » ou « les juridictions ». Observons qu'en droit de tradition de *Common Law*, la situation est inverse. La figure du juge est personnifiée, voire sublimée. Le juge est connu par son nom, dispose d'un véritable statut particulier. Les juges de la Cour suprême des États-Unis sont même appelés « Justice » lorsqu'on les désigne. Certains juges sont élus, etc.

La conception française masque la figure du juge derrière la collégialité, et les juridictions, les tribunaux. Rares sont les personnes qui connaissant le nom d'un juge, autre que les juges d'instruction du pôle antiterroriste ou financier, et encore si des caméras de télévision les ont placés dans la lumière. Le droit français retranche le juge derrière tout une série de symboles, le parquet, les costumes judiciaires, le tribunal, la balance, le glaive, la « cour », les « chambres », les « huissiers », renvoyant souvent aux origines des juridictions (*juris dictio*, dire le droit), dans la cour, aux portes de la chambre du roi, son Palais, celui de Philippe le Bel, devenu Palais de justice, sur l'Île de la cité.

En toute hypothèse, le juge, pour être respecté, doit correspondre à une figure, celle du juge-arbitre, un juge prudent et impartial, tout le contraire d'un juge partisan, aventureux ou partial (cf. J. Allard et A. Garapon, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008). Ainsi pour Diderot, il est plus important d'avoir de bons juges que de bonnes lois. L'impartialité du juge est ainsi le gage de sa légitimité. Évidemment, toute la difficulté consiste à garantir l'impartialité et la légitimité du juge, soit du fait de la légitimité du vote, aux États-Unis par exemple ou en France pour élire les juges des tribunaux de commerce ou des conseils de prud'hommes, soit de celle de sa nomination : un concours et un système hiérarchique comme en France ou bien un choix par une autorité parmi des juristes (non magistrats) éminents comme en Angleterre ou aux États-Unis pour les *Courts of appeals* ou la Cour suprême.

L'étude du procès, ici considéré, est donc essentielle pour comprendre le droit français. Elle ne saurait masquer le fait que le procès est un processus qui implique, en premier, l'existence d'un *litige* qui, porté à incandescence, devient un *contentieux*, mais aussi des institutions, les différentes institutions judiciaires et des personnes, les juges, les avocats, des experts, etc. Les institutions judiciaires incarnent la justice, où on hésite à la présenter comme la Justice, dans la mesure où la Justice est une valeur dont l'organisation est également le résultat d'une histoire et un acte politique, mais également un *coût*. L'accès à la justice est gratuit, ou presque, en France, à l'exception du coût du recours à des avocats (et ce indépendamment des politiques publiques d'aide juridictionnelle). Disposer d'une justice efficace suppose donc un budget, largement insuffisant en France pour absorber l'ensemble du contentieux, notamment le « petit » contentieux, pénal, de la famille, du travail, etc. C'est sans doute l'un des éléments principaux qui justifie l'adoption de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 qui cherche à favoriser les recours à des modes alternatifs de règlements des litiges, via des solutions négociation préalable à tout procès, de médiation ou de conciliation, visant à réserver l'accès au juge aux cas les plus importants ou les plus difficiles à traiter. C'est aussi un choix visant à faciliter les modes transactionnels de résolution des litiges, dans un esprit qui n'est alors pas seulement budgétaire.

L'ensemble est faits d'éléments techniques, qui peuvent difficilement être passés sous silence, même à gros traits, notamment dans une introduction à la chose juridique, à travers la présentation des ordres juridictionnels (Section 1) correspondant à la grande division du droit entre droit public et droit privé, même si cette distinction

se révèle en réalité plus complexe, ce que montrera l'observation des différentes juridictions civiles (Section 2) et du déroulement d'un procès (Section 3), l'ensemble aboutissant à une ébauche de description de la manière de produire des normes jurisprudentielles (Section 4).

Section 1

Les ordres juridictionnels

85. - Ordres judiciaire et administratif, Tribunal des conflits. Les ordres juridictionnels renvoient pour l'essentiel à la distinction entre droit privé et droit public qui connaissent leur justice, privée et publique. Cette présentation est cependant incomplète : elle ne montre pas la complexité beaucoup plus importante du système judiciaire français, dont il ne faudrait pas exclure les juridictions européennes ; complexité toute relative d'ailleurs, la justice anglaise, par exemple est bien plus complexe. Ainsi, le système judiciaire distingue les juridictions pénales et civiles, le système administratif ne peut être confondu avec les juridictions de l'ordre constitutionnel ; il s'éparpille d'ailleurs en une myriade de formations juridictionnelles particulières.

La coexistence de ces deux grands ordres juridictionnels pose en outre des difficultés de frontière : lorsque, à l'occasion d'un litige, les deux juridictions publique et civile se déclarent compétentes (conflit positif) ou alors lorsque aucune des deux juridictions publique ou civile ne se déclare compétente (conflit négatif) pour régler le litige qui leur est soumis. Le *Tribunal des conflits* est alors saisi pour apporter une solution et déclarer quelle juridiction est compétente.

86. - Juridictions européennes et internationales. Il faudrait surtout ajouter les juridictions communautaires et européennes qui n'appartiennent ni à l'ordre judiciaire ni à l'ordre administratif mais aux deux.

La *Cour de justice de l'Union européenne* (CJUE), que l'on appelle encore souvent Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, relayée parfois par le TPIUE, *Tribunal de première instance de l'Union européenne*, en matière de concurrence notamment), qui siège à Luxembourg, est composée de juges des différents pays membres de l'Union européenne) et d'avocats généraux, afin de contrôler le respect par les États membres des obligations résultant des traités et du droit dérivé (éventuellement pour assurer un contrôle de légalité des normes internes) et de l'interprétation du droit communautaire par la procédure dite des **questions préjudicielles**. Par celles-ci, un juge national, confronté à une difficulté d'interprétation d'une règle du droit de l'Union européenne, peut demander son avis à la Cour de justice de l'Union européenne. Elle joue ainsi un rôle d'unification de la jurisprudence européenne analogue à celui de la Cour de cassation ou du Conseil d'État.

Par ailleurs, nous avons déjà signalé l'importance de la *Cour européenne des droits de l'homme*, chargée du contrôle de l'application par les États signataires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et qui s'impose chaque année davantage. Il convient aussi de mentionner la *Cour pénale internationale*, appelée à connaître à titre permanent de connaître des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

§ 1. – L'ORDRE JUDICIAIRE

87. - Ordre judiciaire : juridictions civiles et pénales. L'ordre judiciaire, l'autorité judiciaire (Const. 4 oct. 1958, art. 64, et non le *pouvoir* judiciaire) est l'application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 sur le principe de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir révolutionnaire se méfiait alors de l'autorité de parlements, par ses arrêts de règlement et le pouvoir de remontrance qu'ils s'étaient vu reconnaître contre le Roi : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». La formule de Montesquieu est connue, elle est plus ancienne et remonte en fait à la Révolution anglaise du xvii^e siècle qui a instauré le principe d'une monarchie constitutionnelle qui a tant intrigué, apeuré ou émerveillé les cercles français.

L'ordre judiciaire se distingue en deux grandes catégories de juridictions, celles qui ont la charge de trancher les litiges entre les particuliers, les **juridictions civiles**, et celles qui sont chargées de sanctionner, par des peines ceux qui commettent des infractions, les **juridictions pénales**.

La division est essentiellement formelle car les mêmes juridictions sont civiles et pénales mais cette unité est rompue pour la répression des crimes. Ainsi, les juridictions pénales sont différentes selon les types d'infractions qu'elles ont à sanctionner. Le **tribunal de police** juge les contraventions et le **tribunal correctionnel** juge les délits. Les crimes sont jugés par une juridiction particulière, la **cour d'assises**, présidée par un magistrat de la cour d'appel assisté de deux autres magistrats et surtout de neuf jurés tirés au sort. Les arrêts de la cour d'assises sont désormais susceptibles d'appel devant une autre cour d'assises.

Il convient d'ajouter également les juridictions d'instruction (juge d'instruction et chambre d'accusation de la cour d'appel), en voie de réforme, et d'exécution des peines (juge d'application des peines, JAP) et des formations pénales spéciales, cour d'assises pour mineur, tribunal pour enfants, cour d'assises spéciale (en matière de terrorisme).

§ 2. – L'ORDRE ADMINISTRATIF

88. - Contrôle de l'administration ? De tout temps, les relations entre l'État et les juges judiciaires ont été difficiles, spécialement en France où s'est développée une tradition administrative interventionniste et centralisatrice, en une conception pyramidale de la société. La Révolution française n'y échappa pas et interdit aux juges judiciaires de se mêler des affaires de l'administration. La création (an VIII) du Conseil d'État (au départ chargé de conseiller le gouvernement, comme il y avait auparavant un Conseil du Roi) et de conseils de préfecture allait cependant favoriser une fonction critique des actes de l'administration et finalement, la transformation de ces institutions en juridictions, évolution finalement consacrée par la loi du 24 mai 1872.

Aujourd'hui, l'ordre administratif ressemble à l'ordre judiciaire à quelques différences près : les juges administratifs sont des fonctionnaires, comme si l'État pouvait être à la fois juge et partie. Au premier degré, le **tribunal administratif**, dans chaque département est la juridiction de droit commun en matière administrative. Au second degré, la **cour administrative d'appel** (créée en 1987) devient de plus de plus la formation ordinaire de recours, sur tous les domaines dont le tribunal administratif est appelé à statuer.

Enfin, le **Conseil d'État** dispose de larges pouvoirs. Il dispose d'abord d'*attributions contentieuses*. Il est la formation de cassation de l'ordre administratif, dans les mêmes conditions. Il est aussi compétent en premier et dernier ressort sur les recours en annulation des décrets et ordonnances, les actes réglementaires des

ministres... et il est la formation d'appel de certains jugements de première instance (sur les recours en annulation d'une élection municipale par exemple). Il a aussi des *attributions administratives* : le Conseil d'État est chargé de toutes sortes de rapports, il est consulté sur tous les projets de loi (même ceux touchant au droit privé) et sur de nombreux projets de décrets.

Ajoutons à cet éventail de nombreuses autres juridictions administratives plus spécialisées : les cours régionales des comptes et la Cour des comptes, chargées du contrôle de l'emploi des finances publiques, ou le Conseil supérieur de la magistrature.

Il faudrait encore ajouter à cette liste des institutions qui ne sont pas des juridictions au sens plein du terme mais qui se sont vu attribuer des pouvoirs juridictionnels. Certaines **autorités administratives indépendantes** disposent, en effet, de pouvoirs d'injonction et de sanction importants. Ainsi en est-il de la Commission des opérations en bourse (COB), du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou du Conseil de la concurrence. Ce dernier est compétent pour examiner l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse d'ententes, d'abus de domination, de concentration. Il peut infliger des sanctions énormes, allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires des entreprises en cause.

89. - Ordre constitutionnel ? Enfin, une place particulière doit sans doute être réservée aux juridictions de l'ordre constitutionnel, le **Conseil constitutionnel**, en premier lieu (V. *infra*, n° 228), encore que cette juridiction devienne de plus en plus une juridiction politique par l'organisation de sa saisine ; mais l'admission de l'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion d'un procès, sous la forme d'une question prioritaire de constitutionnalité depuis 2009, est susceptible de transformer sans doute cette institution. Institué par la Constitution de 1958, il comprend neuf membres nommés par le président de la République, le président du Sénat et par le président de l'Assemblée nationale, pour neuf ans, renouvelés par tiers tous les trois ans. Il a vocation à se prononcer sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation dans les conditions prévues pour sa saisine : le président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale ou soixante députés ou soixante sénateurs. C'est à l'occasion de cet exercice que le Conseil constitutionnel a élargi son champ de compétence en 1971, comme nous l'examinerons plus en détail.

Il existe aussi des juridictions encore plus spécialisées, parce que politiques, comme la **Haute Cour de justice**, chargée de juger les actes, heureusement rares, de haute trahison du président de la République, ou bien la **Cour de justice de la République**, chargée de juger les crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui s'est tristement signalée récemment dans l'affaire du sang contaminé.

Section 2

Les différentes juridictions civiles

90. - Modes alternatifs de règlement des contentieux. D'après le principe selon lequel il est interdit de se faire justice à soi-même, celui qui est en litige avec une autre personne peut recourir à une méthode de résolution de ce conflit. Au-delà des systèmes non juridiques (pardon, vengeance, courtoisie, patience, colère...), il peut s'agir d'un mode de règlement non juridictionnel par la conciliation (en matière de conflits collectifs du travail par exemple : grève avec occupation des locaux...) ou la médiation (avec l'expérience de la médiation en matière pénale ou de droit de la consommation). Il peut même s'agir d'un mode d'extinction du litige comme

par une *transaction*, par laquelle deux personnes en litige décident de mettre fin à celui-ci par contrat et qui aura la même force qu'un jugement (C. civ., art. 2044 et 2052). Les modes juridictionnels sont plus usités.

La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 a d'ailleurs largement cherché à privilégier les recours à ces techniques, d'abord par l'obligation, préalablement à la saisine du juge, de tenter une résolution amiable du litige, puis par le recours à des techniques de médiation ou de conciliation, ordonné par le juge, à moins qu'il s'agisse de techniques choisies par les parties (médiation conventionnelle, le plus souvent dans les contrats d'affaires).

91. - Arbitrage. Une distinction oppose la justice rendue par les juridictions civiles publiques, dont les juridictions sont les organes, de la justice rendue par des juridictions privées. Les parties ont en effet la faculté de recourir à un tel mode de justice privée, par *l'arbitrage* par lequel elles soumettront à un arbitre leur litige avec mission de le régler.

Ainsi, le **compromis** est le contrat par lequel les parties décident de s'en remettre, pour la solution de leur litige, à une juridiction arbitrale qui doit être composée d'un nombre impair d'arbitres, un, trois, cinq (rare)... Ce contrat est ouvert à toute personne ayant la capacité juridique, même les particuliers. Certains litiges ne peuvent cependant pas faire l'objet d'un arbitrage, ceux portant sur l'état et la capacité des personnes, le divorce et toutes les matières qui intéressent l'ordre public (C. civ., art. 2060, al. 1^{er}).

La **clause compromissoire** est la clause qui, dans un contrat, impose le recours à un arbitrage en cas de litige. Elle est valable par principe (C. civ., art. 2061) mais inopposable à un non-professionnel et plus pleinement valable dans les contrats internationaux, quels qu'ils soient.

L'arbitre, désigné par le compromis ou par la clause compromissoire, tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que la convention d'arbitrage ne donne mission aux arbitres de statuer comme *amiable compositeur* (CPC, art. 1474), c'est-à-dire en équité, ce qui est interdit au juge public (sauf dans l'hypothèse de l'arbitrage judiciaire). L'avantage de l'arbitrage réside dans sa rapidité et dans sa discrétion au contraire des modes publics de résolution des litiges ; son inconvénient tient à son coût : il faut payer ses juges. Par ailleurs, il impose la confiance réciproque des plaideurs dans ce type de procédure. Que l'un d'eux refuse d'exécuter la *sentence arbitrale* et l'autre devra obtenir un jugement d'*exequatur* de la part d'une juridiction publique pour obtenir satisfaction, tandis que le premier cherchera à obtenir l'annulation de la sentence arbitrale, notamment sur le fondement de la contradiction de la sentence avec l'ordre public (sentence interne) ou l'ordre public international (sentence internationale) fait, notamment, des règles interdisant la fraude, la corruption, le blanchiment d'argent, etc.

92. - Plan. Les juridictions civiles peuvent être distinguées selon qu'elles sont des juridictions du premier et second degré, c'est-à-dire des juridictions du fond (§ 1) ou la juridiction du droit, la Cour de cassation (§ 2). Il convient également de présenter rapidement les membres du personnel judiciaire (§ 3).

§ 1. - LES JURIDICTIONS DU PREMIER ET DU SECOND DEGRÉ

93. - Procédures rapides : requête et référé. Certaines procédures rapides sont diligentées devant le président d'une juridiction particulière. Il peut s'agir de procédures dans lesquelles une seule partie est présente, qu'il s'agisse d'une action gracieuse ou contentieuse : ce sont des requêtes. Il peut s'agir d'un moyen d'obtenir une décision très rapidement, en respectant les règles minimales des droits de la défense : ce sont les procédures de référé.

La **requête** tend à conférer à une demande légitime l'autorité de la justice comme par exemple, les demandes de nomination d'un commissaire aux apports dans une constitution de société ou une injonction de payer une créance certaine. Le juge saisi rend une *ordonnance*.

Le **référé** est une procédure rapide qui permet à quelqu'un d'obtenir une décision rapidement en cas d'urgence lorsque la demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou afin d'obtenir une mesure conservatoire en vue de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite ou encore afin d'obtenir une provision ou l'exécution de l'obligation si celle-ci n'est pas sérieusement contestable. Le juge des référés rend également une ordonnance dont il peut être interjeté appel.

Au-delà de ces procédures réservées aux présidents de certaines juridictions, il existe des juridictions du premier degré (A) et une juridiction du second degré (B).

A - Les juridictions du premier degré

94. - Présentation. Elles se distinguent entre une juridiction de droit commun, le tribunal judiciaire (1^o) et des juridictions d'exception (2^o).

1 - La juridiction de droit commun, le tribunal judiciaire

95. - Le tribunal judiciaire est la juridiction de droit commun. Il existe au moins un tribunal judiciaire (TJ), désigné ainsi (autrefois tribunal de grande instance) depuis le 1^{er} janvier 2020 à la suite de la réforme de 2019, par département mais beaucoup en comptent plusieurs. Chaque tribunal judiciaire comporte au moins quatre membres de façon à ce que les formations collégiales, d'au moins trois membres, puissent se réunir mais nombreux sont les tribunaux judiciaires qui comptent bien plus de magistrats. Par ailleurs, depuis 1970, le président du tribunal judiciaire peut décider qu'une affaire sera jugée par un magistrat unique et de nombreuses procédures ne font intervenir qu'un seul juge, juge aux affaires familiales (JAF; COJ, art. L. 213-3), juge de l'exécution (JEX; COJ, art. L. 213-5), par exemple.

Le tribunal judiciaire est compétent pour tous les litiges pour lesquels une compétence particulière n'est pas donnée à une autre juridiction, une juridiction d'exception, en raison de la nature du litige ou de son montant (10 000 €; V. *infra*, n° 296), ce qui en fait la juridiction de droit commun, la juridiction subsidiaire.

Par ailleurs, certaines matières sont de la compétence exclusive du tribunal judiciaire comme l'état des personnes, le mariage, le divorce, la filiation, les affaires immobilières (COJ, art. L. 211-2).

Toutes ses décisions sont susceptibles d'appel, hormis celles qui concernent des affaires de peu d'importance, inférieure à 4 000 € pour lesquelles la décision rendue l'est *en premier et dernier ressort*. Seul, un pourvoi en cassation peut être formé contre ces décisions.

96. - Disparition du tribunal d'instance (TI). Il s'agissait avant 1958 (Ord. 22 déc. 1958) du juge de paix, puis d'un tribunal, appelé tribunal d'instance, qui se présentait comme une sorte de justice de proximité. Désormais, ils sont fusionnés avec les tribunaux judiciaires, même si, physiquement, des locaux des anciens tribunaux d'instance continueront de servir comme antenne locale d'un tribunal judiciaire. Le tribunal d'instance disposait surtout d'une compétence spéciale en matière de baux d'habitation; c'est désormais un juge spécialisé du tribunal judiciaire, le juge du contentieux de la protection qui s'en charge, avec les questions de crédit à la consommation ou de surendettement.

Il en est de même du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), à la compétence très technique de sécurité sociale, qui est fusionné avec le tribunal judiciaire et la création d'un juge spécialisé, le « pôle social » du tribunal judiciaire traitant également des questions d'incapacité.

2 - Les principales juridictions d'exception

97. - Tribunal de commerce. Deux cent vingt-neuf tribunaux de commerce sont implantés selon les usages locaux. Ils sont composés de magistrats qui ne sont pas des professionnels de la justice. Les juges sont des commerçants élus par leurs pairs, selon une tradition remontant au Moyen Âge. Les commerçants avaient besoin d'une justice rapide, efficace et coutumière des règles et pratiques du commerce, souvent international (au sens où on l'entendrait aujourd'hui), d'où le recours à cette juridiction dite *consulaire*, justification qui prédomine encore aujourd'hui. La compétence du tribunal de commerce est liée à la définition du commerçant. Aujourd'hui, le droit français retient une conception qui définit le commerçant comme celui qui effectue des actes de commerce définis par l'article L. 111-1 du Code de commerce, acheter pour revendre, louer des meubles, les opérations d'intermédiaires à l'achat, les opérations bancaires, cambiales. Mais sont aussi commerçantes certaines sociétés dites commerciales par leur forme, sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée... Il est aussi compétent pour examiner les procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les anciennes faillites. Le tribunal de commerce est compétent pour régler les litiges entre commerçants, relatifs aux actes de commerce, ou entre associés de sociétés commerciales, en premier et dernier ressort jusqu'à 4 000 €, à charge d'appel au-delà.

Depuis longtemps, une réforme des tribunaux de commerce est envisagée : elle viserait à intégrer un juge professionnel dans le tribunal de commerce. On parlerait alors moins d'échevinage que de mixité car le président du tribunal demeurerait un juge commerçant élu.

98. - Conseil des prud'hommes. Il existe au moins un conseil des prud'hommes par ressort de tribunal judiciaire (282). Ils sont composés de manière paritaire de représentants élus par les salariés et par les employeurs, répartis en cinq sections : encadrement, industrie, commerce, agriculture et activités diverses. Cette parité, qui fait l'originalité de la juridiction, se retrouve à tous ses échelons, dans la formation de référé, de conciliation, dans les fonctions de présidence et de vice-présidence. Le risque de la parité en la matière est de ne pouvoir décider en cas de partage des voix : en ce cas, le conseil fait appel au juge du « pôle social » du tribunal judiciaire, en tant que juge départiteur. Il est compétent pour tout litige né à l'occasion des relations de travail, en premier et dernier ressort jusqu'à 4 000 € (C. trav., art. D. 517-1), à charge d'appel au-delà. Cependant, seules les relations individuelles de travail sont concernées : les litiges intéressant les relations collectives de travail (représentation du personnel, grève, conventions collectives...) relèvent du tribunal judiciaire.

99. - Tribunal paritaire des baux ruraux (T. par. baux rur.). L'agriculture est souvent développée dans le cadre de structures non-propriétaires des terrains exploités. L'exploitation est réalisée par des locataires titulaires de contrats de bail rural, fermages ou métayages, sources de litiges fréquents ; quatre cent neuf tribunaux paritaires des baux ruraux, présidés par un juge du tribunal judiciaire, le juge des contentieux de la protection assisté de représentants de bailleurs et de locataires, connaissent les litiges élevés entre un fermier ou un métayer et le propriétaire d'un immeuble rural.

B - La juridiction du second degré : la cour d'appel

100. - Double degré de juridiction. Trente-quatre cours d'appel sont chargées de trancher, en vertu du principe du *double degré de juridiction*, en seconde instance les litiges lorsqu'une partie le décide. Celle-ci *interjette appel* contre une décision de première instance se situant dans le ressort territorial de la cour d'appel. Sous l'autorité du président de la cour d'appel, les sections, civiles, sociales, commerciales ou criminelles sont chargées d'examiner une seconde fois les litiges qui leur sont portés. Tout le litige est rejugé, en vertu du principe de l'effet dévolutif de l'appel,

en sorte que ni l'appelant, ni l'intimé ne peuvent en principe produire de nouvelles demandes en appel (mais on peut produire de nouveaux arguments).

101. - Juge du fond ? Elles sont, comme les juridictions du premier degré, des juges du droit commun, des **juges du fond** de l'affaire, parce qu'elles ont la charge de trancher le fond du litige ; prononcer un divorce, fixer une dette de dommages et intérêts, prononcer une peine.

En même temps, depuis la réforme de l'appel de 2017, la cour d'appel ne bénéficie plus automatiquement d'un *effet dévolutif général*, qui permettait, en cas d'appel, même si seul un point du jugement gênait, de faire en sorte que l'entière du litige soit rejugée. Désormais, seuls les points critiqués sont dévolus à la cour d'appel, à moins que l'annulation du jugement soit demandée ou que les éléments du jugement soient indivisibles.

Par ailleurs, les jugements sont désormais exécutoires de droit (CPC, art. 514), sauf en matière de droit des personnes ou de la nationalité, à la différence de la situation d'avant 2020 où il fallait demander, et obtenir, du juge le prononcé de l'exécution provisoire, alors qu'aujourd'hui il faut demander, et obtenir, l'absence d'exécution provisoire, de sorte que, pour y échapper, il convient de saisir le premier président de la cour d'appel pour obtenir la suspension de l'exécution provisoire, lorsque celle-ci risque d'emporter des conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour l'une des parties.

C'est une évolution considérable qui fait de la cour d'appel une forme intermédiaire de juge, entre le juge de première instance et la Cour de cassation.

La cour d'appel est présidée par un premier président assisté de conseillers et du ministère public composé de l'avocat général près la cour d'appel et de ses substituts. Une cour d'appel rend une décision appelée **arrêt** (alors qu'un tribunal rend un *jugement*, un président de juridiction sur requête ou en référé, une *ordonnance*, et une autre juridiction, un conseil par exemple, une simple *décision*), *confirmatif* ou *infirmitif*, selon qu'il tranche le litige ou non dans le même sens que la décision précédente.

§ 2. - LA COUR DE CASSATION

102. - Présentation. Il n'existe qu'une seule Cour de cassation qui siège à Paris. Elle statue sur les pourvois formés contre les décisions rendues en dernier ressort ou contre les décisions de cour d'appel. Son rôle (A) et son organisation (B) en font une juridiction particulière.

A - Le rôle de la Cour de cassation

103. - Contrôle de l'application du droit : le juge du droit. La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. On dit qu'elle est le *juge du droit*, en ce sens que son rôle est de vérifier que les décisions des juridictions du fond sont conformes au droit positif. Contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation ne se prononce pas sur le fond de l'affaire mais vérifie que le juge du fond a, pour prononcer sa décision, correctement appliqué les règles de droit.

La Cour de cassation est saisie par un **pourvoi en cassation** formé contre la décision d'une juridiction, une cour d'appel ou une juridiction du premier degré qui aurait jugé en premier et dernier ressort par l'une des parties ou, de façon exceptionnelle par le procureur général, dans l'intérêt de la loi.

Elle tient pour cette raison une place toute particulière dans le système judiciaire français. La Cour de cassation n'a aucune compétence pour trancher les faits qui sont l'objet du litige (même si en pratique, on peut relativiser ce point de vue).

On oppose ainsi la Cour de cassation, juge du droit, aux juridictions du premier degré, *juges du fond* (de l'affaire), c'est-à-dire du fait.

La Cour de cassation s'en tient aux faits relatés dans la décision attaquée et vérifie que la juridiction a fait une exacte application de la règle de droit aux faits. Si la réponse est positive, elle rejettera le pourvoi, à défaut, elle cassera la décision. Mais aucun recours n'est possible contre les arrêts de la Cour de cassation (hormis la question particulière des « rabats » d'arrêts destinés à réparer une erreur de procédure non imputable à l'une des parties). Sa mission est de procéder à une certaine unification de la jurisprudence française, dans la mesure où le rôle traditionnel de la jurisprudence dans les sources du droit est d'interpréter, voire de compléter la loi. Il serait, par conséquent, insupportable que la loi soit appliquée d'une certaine façon en un endroit et d'une autre façon en un second endroit parce que les juges du fond de ces différents lieux auraient une opinion différente de la façon d'appliquer la loi. La Cour de cassation tente, alors, d'évincer ces différences.

104. - Techniques de cassation. Trois questions sont distinctes: la matérialité des faits, la qualification des faits et l'interprétation de la loi applicable aux faits. Par exemple, l'article 242 du Code civil prévoit qu'un divorce pour faute peut être prononcé « pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

La Cour de cassation ne peut se prononcer sur la **matérialité** des faits établie par les juges du fond, c'est-à-dire sur leur existence, par exemple le point de savoir si l'un des époux a matériellement commis un adultère.

La **qualification des faits**, le point de savoir si l'adultère est une « violation grave et renouvelée », est parfois contrôlée par la Cour de cassation mais est en général laissée à « l'appréciation souveraine des juges du fond », selon l'expression consacrée de la Cour de cassation. La part des situations dans lesquelles la Cour de cassation assure le contrôle de la qualification des faits ou le laisse à la libre appréciation des juges du fond est impossible à apprécier: il s'agit typiquement d'une question relevant du souhait souverain de la Cour de cassation. Plus il lui semblera important que telle situation soit de son contrôle et plus elle les appréciera.

La vérification de **l'interprétation de la loi applicable** aux faits de l'espèce, par exemple si les juges du fond avaient considéré que l'adultère constituait une cause de divorce pour rupture de la vie commune, constitue le champ d'intervention principal de la Cour de cassation et les principaux cas d'ouverture à cassation.

Citons les principaux: la *violation de la loi* (par mauvaise interprétation ou mauvaise application de la loi ou mauvaise qualification des faits, comme dans notre exemple), le *manque de base légale* (par exemple lorsque les juges du fond ne motivent pas suffisamment leurs décisions pour que la Cour de cassation exerce son contrôle ou ne constatent pas que les conditions d'application de la loi sont réunies), la *contradiction (ou le défaut) de motifs* et le *défaut de réponse à conclusion* mais encore, *l'excès de pouvoir* ou *l'incompétence* (lorsque la décision n'a pas été rendue par la juridiction normalement compétente).

B - L'organisation de la Cour de cassation

105. - Unification du droit. La Cour de cassation a une mission d'unification du droit. À ce titre, présidée par le premier président de la Cour de cassation, elle est composée de six chambres censées recouvrir tous les domaines du droit privé: trois chambres civiles, une chambre commerciale et financière, une chambre sociale et une chambre criminelle.

Chacune est composée d'au moins cinq membres, ajoutés aux greffiers et aux magistrats du ministère public autour de l'avocat général près la Cour de cassation.

Jusqu'à une loi du 23 juillet 1947, les pourvois en cassation étaient soumis à une **chambre des requêtes** qui avait pour objet de filtrer les pourvois avant qu'ils soient examinés par la chambre compétente. Élément de ralentissement important

des procédures (examinées deux fois), elle fut supprimée en 1947. Depuis deux lois du 3 janvier 1979 et du 6 août 1981, chaque chambre comprend une formation restreinte qui constitue en quelque sorte sa propre chambre des requêtes pour rejeter les pourvois irrecevables ou manifestement infondés. À l'inverse, les arrêts les plus importants (après un second moyen de cassation) étaient examinés par la Cour de cassation *toutes chambres réunies*, jusqu'en 1947.

Une grande réforme de la Cour de cassation a été opérée par la loi du 3 juillet 1967, poursuivant la voie tracée par la loi de 1947 et qui devait accroître le nombre de chambres pour aboutir aux six chambres que nous connaissons aujourd'hui.

Certains arrêts sont parfois rendus par une **chambre mixte**, composée de représentants d'au moins trois chambres de la cour, lorsqu'une affaire est susceptible d'être renvoyée devant plusieurs chambres alors que des solutions divergentes résulteraient de ces chambres (COJ, art. 121-5). D'autres peuvent être rendus par l'**assemblée plénière** de la Cour de cassation (remplaçant en 1967 les chambres réunies), composée des présidents, doyens et deux conseillers de chaque chambre, lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes entre les juges du fond ou entre les juges du fond et la Cour de cassation (COJ, art. 121-6).

§ 3. – LE PERSONNEL JUDICIAIRE

106. - Les magistrats, la figure du juge. Les magistrats ne sont pas tous des professionnels du métier de juger. Certains, comme dans les tribunaux de commerce ou dans les conseils de prud'hommes, sont élus. Les magistrats professionnels (au tribunal judiciaire, à la cour d'appel, à la Cour de cassation) sont recrutés par concours à l'École nationale de la magistrature et de plus en plus par recrutements externes (d'anciens avocats, avoués, juristes divers).

Ils se distinguent en deux catégories : les magistrats du siège et ceux du parquet. Leur statut est garanti par le Conseil supérieur de la magistrature, présidé par le président de la République, qui intervient pour la nomination aux postes les plus élevés et pour garantir l'indépendance des magistrats.

Les *magistrats du parquet* (ou magistrature debout, car ils plaident debout) constituent le ministère public. Ce sont les procureurs de la République, les substituts du procureur, les avocats généraux à la Cour de cassation coordonnés par un procureur général près la Cour de cassation. Ils représentent l'État, la société ; ils défendent l'intérêt général, l'ordre public ; ils ont la charge de décider si une plainte est recevable et peut faire l'objet d'une instruction. Aussi leur rôle est-il plus important devant les juridictions pénales (où ils requièrent, au nom de la société, la peine de prison qui sera décidée par les magistrats du siège) que face aux juridictions civiles (où ils peuvent donner leur avis sur l'application de la loi). Contrairement aux magistrats du siège, ils sont subordonnés à leur autorité hiérarchique qui se termine par le ministre de la Justice. Cette subordination se traduit par un devoir d'obéissance dans les conclusions écrites. En revanche, ils demeurent libres à l'audience : « la plume est servie mais la parole est libre », dit-on. C'est cette hiérarchie, à l'occasion de quelques affaires médiatiques, qui déclenche depuis quelques années la tempête autour de la question de l'indépendance des magistrats, qui ne concerne, en fait, que les magistrats du parquet.

Les *magistrats du siège* sont les juges au vrai sens du terme, leur mission est de trancher les litiges qui leur sont soumis. Aussi l'indépendance la plus totale leur est garantie : ils sont inamovibles (Const. 4 oct. 1958, art. 64, al. 4). Ils définissent ce que l'on désigne comme « le juge », considéré comme faisant corps avec l'institution juridictionnelle à laquelle il appartient. La personne même du juge est en effet

masquée, désinvestie, à la fois derrière la collégialité de la décision juridictionnelle, et derrière la juridiction elle-même, à la différence notamment du juge de la tradition anglo-américaine, isolé, parfois élu, et dont la personnalité est mise en valeur. La figure du juge est donc en principe celle de la juridiction, ce qui participe de l'homogénéité des magistrats : un magistrat est considéré comme substituable à un autre, quelles que soient ses compétences, son éducation, ses convictions. Rien en droit français ne permet de percer la psychologie du juge et encore moins son rôle dans la fonction de juger. Par ailleurs, la juridiction est déterminée comme une institution chargée de « dire le droit » (*juris dictio*) et de rendre exécutoire leur décision (*imperium*). Ainsi les décisions, rendues « au nom du peuple français » le sont par un tribunal ou une cour, territorialement et matériellement, désigné (cour d'appel de Paris, tribunal judiciaire de Nantes) même si le nom du président de la formation et de ses assesseurs y est mentionné. Bien entendu c'est un choix de présentation qui permet de défendre l'idée de l'unité juridictionnelle des tribunaux, sans que la personnalité des juges apparaisse.

Les qualités des juges sont alors en relation avec cette présentation : le juge doit être impartial, indépendant, prudent, réservé, intègre, discret, figurant une « idée de juge », objective et supposée commune aux juges personnes physiques. Deux caractères peuvent être relevés. L'impartialité en premier, qui permet d'assurer que le juge est bien un tiers légitime, parce qu'impartial, pour trancher le litige que lui soumettent les parties et qui suppose donc que le juge ne connaisse par les parties, ni l'affaire, et se déporte en pareil cas. C'est ce critère qui justifie la confiance dans la justice et sa sérénité. La prudence en second, qui évite des décisions anarchiques, et établit la logique du *judicial self restraint* ou de l'autolimitation de ses pouvoirs d'interprétation qui sont, dans l'absolu, considérables (V. *infra*, n° 129). Ce critère justifie une forme de sécurité juridique et de prévisibilité des décisions de justice.

Une autre question est celle de la responsabilité des magistrats qui, au-delà donc de la traditionnelle immunité des juges, peut être engagée dans certains cas particuliers devant le Conseil supérieur de la magistrature et qui rend possible la critique du rôle, de l'action (ou de l'inaction) d'un magistrat.

107. - Les avocats. Le rôle de l'avocat est essentiel dans l'organisation judiciaire. C'est lui qui *représente* son client devant la juridiction du premier degré (mais toutes n'exigent pas la représentation par avocat, comme le tribunal de commerce ou le conseil des prud'hommes). C'est lui, surtout, qui *assiste* son client devant les juridictions par la rédaction de conclusions, par la plaidoirie. Enfin, il assure un rôle très important de *conseil*, qui se manifeste surtout en droit des affaires. Cette profession est une profession libérale. Depuis 1971, elle résultait d'une fusion de trois professions, les avocats, les avoués près les tribunaux de grande instance et les agréés près les tribunaux de commerce et depuis 2011 des avoués près la cour d'appel. Demeurent, cependant, les *avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* qui ont le monopole de la représentation devant ces juridictions. Ils sont, plus que des professionnels libéraux, des officiers ministériels, titulaires d'une charge.

Le rôle de l'avocat, dans le procès est essentiel : c'est lui qui « traduit », en langage juridique des « prétentions » des parties qu'il représente, et s'oppose ce faisant à celles de son adversaire, tout à la fois dans la présentation des faits, des preuves de ces derniers et de leur interprétation, et dans la présentation des fondements juridiques de ces prétentions. Il formule ainsi des *propositions d'interprétation* que retiendra, ou non, le juge. C'est particulièrement vrai des avocats aux Conseils qui formulent, pour l'un, un mémoire ampliatif en cassation contre l'arrêt d'appel et qui présente ainsi les arguments juridiques qui assurent que ses propositions d'interprétation seront ou non retenues par la Cour de cassation pour rendre sa décision. Or ce rôle est capital dans la mesure où la Cour de cassation est, en principe, et comme tout juge, tenue par les écritures qui lui sont présentées.

Ainsi, les avocats jouent un rôle, discret mais réel dans la production judiciaire des normes juridiques.

108. - Les autres auxiliaires de justice. Bien d'autres personnels animent la justice. Citons les *greffiers* qui ont pour rôle d'assister les juges, notamment dans la rédaction des jugements. Tous sont des fonctionnaires, sauf les greffiers auprès des tribunaux de commerce qui disposent d'une charge d'officier ministériel. Les *experts judiciaires* assurent également un grand rôle, notamment en matière immobilière ou de responsabilité civile. Les *huissiers*, enfin, également officiers ministériels, sont chargés de la signification des actes de procédure et de l'exécution forcée des actes publics. Le *notaire*, en revanche, n'intervient pas dans le procès mais tient, en amont, un grand rôle dans la pratique immobilière et comme conseil des familles.

Section 3

Le déroulement d'un procès civil

109. - Présentation : la procédure, garantie juridique du respect du droit. Le procès, lorsqu'on l'évoque avec des professionnels de la justice, c'est d'abord de la procédure, les règles de procédure pénale, administrative, constitutionnelle, concurrentielle, etc., et ici civile. Les règles de procédure civile sont d'ailleurs l'objet de trois codes, le Code de l'organisation judiciaire (COJ), le Code de procédure civile et le Code des procédures civiles d'exécution. La procédure est constituée de l'ensemble des règles assurant la manière de « procéder » pour s'adresser à un juge, faites d'un vocabulaire précis, de délais, de rituels, de symboles, de personnes, etc. Au-delà des règles proprement dites, la procédure est d'ailleurs l'image d'une conception philosophique qu'un système juridique se fait de son propre droit. Par exemple, on peut dire que le droit français est un système d'État de droit parce que n'importe quelle situation juridique peut être présentée devant un juge, pour autant qu'un intérêt juridique soit identifié, afin qu'il rende une décision, sur la base de règles qui elles-mêmes peuvent être discutées en justice, soit en raison de leur inconstitutionnalité (par la voie de la QPC, question prioritaire de constitutionnalité, V. *infra*, n° 146), soit en raison de leur contrariété avec une norme supranationale, de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme le plus souvent, avant même que l'application de la règle contestée soit faite. Le respect de règles de procédure complètes est ainsi la garantie du respect des droits de chacun, du plus humble au plus important, de la victime ou du coupable présumé. On envisagera trois questions : les principes directeurs d'un procès (§ 1), le procès civil lui-même (§ 2) et les voies de recours (§ 3).

§ 1. - LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCÈS CIVIL

110. - Procédure. Les principes directeurs sont nombreux et importants. La plupart conditionnent l'existence même d'une démocratie. Ces principes fondamentaux résultent, alors, souvent de grandes chartes internationales. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme, après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU, en 1948, dispose que « toute personne a droit à un procès équitable, a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». Au-delà de ces

grandes affirmations, le principe dispositif (A) et le principe du contradictoire (B) sont les principales questions.

A - Le principe dispositif

111. - Le procès est la chose des parties. Le principe dispositif repose sur le système accusatoire reconnu dans les juridictions civiles. En principe, toute instance est la chose des parties, c'est une relation privée, entre parties qui s'en remettent au juge pour la régler. Le rôle du juge repose donc sur un principe de neutralité. Seules les parties ont la capacité d'introduire l'instance ou d'y mettre fin (CPC, art. 1) et elles conduisent l'instance (CPC, art. 2), par l'intermédiaire de leur avocat, le plus souvent, en matière civile (car c'est la règle inverse qui prévaut en matière pénale). Ainsi, le juge est lié par les *prétentions des parties* (CPC, art. 4) qui fixent la matière à juger et le juge ne peut statuer que sur ce qui lui est présenté (CPC, art. 5) et il ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne seraient pas dans le débat judiciaire (CPC, art. 7). On assiste, cependant, à une évolution de la procédure civile vers davantage de pouvoirs reconnus au juge en sorte qu'il peut demander aux parties de fournir des explications des faits présentés (CPC, art. 8), qu'il peut ordonner d'office toute mesure d'instruction qu'il estimerait utile (CPC, art. 10) ou qu'il peut requalifier les faits présentés devant lui pour leur rendre leur exacte qualification (CPC, art. 12).

B - Le principe du contradictoire

112. - Un principe essentiel. Ce principe impose que toute partie puisse s'exprimer sur les éléments qui fondent les prétentions de la partie adverse. Il s'agit d'un élément essentiel de la conduite du procès par la protection des droits de la défense (CPC, art. 16), clé de voûte du système judiciaire français.

Ainsi, « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée » (CPC, art. 14). De même, les avocats doivent toujours communiquer les pièces (contrats, lettres, modes de preuve...) sur lesquelles ils fondent leurs prétentions et argumentations à leur adversaire, dès le début du procès (CPC, art. 15). Traditionnellement réservé au procès civil, le principe du contradictoire entre également dans le procès pénal, à l'occasion de la réforme de la procédure pénale, avec par exemple la présence d'un avocat dès la première heure de la garde à vue. Le principe du contradictoire est donc un principe général du droit français, protégé d'ailleurs par les règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

§ 2. - LE PROCÈS CIVIL

113. - Présentation. Le procès naît d'une action (A) qui détermine l'instance (B) du procès.

A - L'action

114. - *Ex facto, jus oritur.* L'action permet de faire franchir le passage qui mène du fait au droit : *ex facto, jus oritur* (le droit naît du fait) par le truchement de la décision de justice qu'elle appelle : *Da mihi facta, tibi dabo jus* (donne-moi le fait, je te dirai le droit) qui rend compte de la division existant entre les parties, les faits, et le juge, le droit. Observons que, aux États-Unis ou en Angleterre, la situation est très différente. La procédure commence par un moment très important, le *discovery*, qui permet aux parties de débattre, avec le juge, des faits pertinents du procès avec l'obligation pour chacune des parties d'apporter les faits demandés, y compris ceux qui pourraient ne pas vraiment arranger l'une des parties. En droit français, le fait est du ressort des parties, éventuellement par une procédure d'expertise, assez intrusive,

mais antérieure au procès véritable, fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, y compris pour obtenir des éléments chez son adversaire.

L'article 30 du Code de procédure civile définit l'**action en justice** comme « 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 ».

Le *droit d'action* permet alors l'accès à la justice reconnu comme une liberté, que l'on ne confondra pas avec les règles de procédure qui encadrent les règles de l'action.

115. - Classifications des actions en justice. L'action n'oppose cependant pas toujours un demandeur et un défendeur.

On distingue les **actions contentieuses** lorsque deux parties s'opposent dans un litige et les **actions gracieuses** qui s'inscrivent en dehors de tout litige, par exemple, une requête en vue de la nomination d'un tuteur ou bien la demande d'homologation d'un changement de régime matrimonial.

D'autres distinctions existent. Ainsi, on oppose les actions *réelles* et *personnelles*. Les **actions réelles** se fondent sur un litige concernant sur un droit réel (revendication d'un droit de propriété, action en bornage, action possessoire...). Parmi celles-ci, on distingue encore les actions *immobilières* portant sur un immeuble et les actions *mobilières* portant sur un meuble. Les **actions personnelles** sont fondées sur un droit de créance (action en annulation d'un contrat, action résolutoire, action en paiement...). La distinction repose essentiellement sur la compétence du tribunal à saisir, **compétence d'attribution**, *ratione materiae* ou **compétence territoriale**, *ratione loci*. Une action immobilière par exemple sera, *ratione materiae*, de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, pas l'action mobilière. La compétence en matière d'action personnelle dépend de la nature du contrat ou de la qualité des parties. Par exemple, un contrat conclu entre deux commerçants est de la compétence du tribunal de commerce; un contrat mixte, conclu entre un commerçant et un particulier est de la compétence du tribunal judiciaire (ou d'instance selon le cas) si le commerçant assigne le particulier ou, au choix du particulier si c'est lui qui agit, de la compétence du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire. *Ratione loci*, le tribunal judiciaire compétent pour une action immobilière est celui du lieu de la situation de l'immeuble (CPC, art. 44); pour une action personnelle, c'est le tribunal compétent *ratione materiae* du domicile du défendeur (CPC, art. 42, al. 1^{er}).

Toutes les juridictions ne fonctionnent pas sur ces principes. Ainsi, l'action devant les juridictions pénales est une **action publique** ouverte au ministère public contre le délinquant. Mais les victimes peuvent exercer une **action civile** pour obtenir des dommages et intérêts voire pour provoquer l'action publique.

En droit administratif, les litiges concernent les usagers contre les actes des administrations. Les actions sont alors des *recours pour excès de pouvoir* dirigés contre ces actes en vue de leur annulation. D'autres actions sont destinées à obtenir réparation du préjudice subi.

116. - Intérêt à agir. Certaines conditions doivent être rassemblées pour pouvoir introduire une action en justice, disposer d'une *capacité pour agir*: être majeur, être le gérant valablement nommé d'une société...

Seul celui qui trouve un avantage à voir sa prétention reconnue en justice peut exercer une action: *Pas d'intérêt, pas d'action*, selon le principe implicite de l'article 31 du Code de procédure civile.

Cet intérêt doit exister au jour de l'action, il doit être *né, actuel*, un simple intérêt éventuel ne suffit pas.

De même, l'intérêt doit être *direct et personnel*. La question pose difficultés pour les syndicats et les associations. Un syndicat par exemple peut agir pour défendre des intérêts collectifs (V. Cass. ch. réunies, 5 avr. 1913: DP 1914, 1, p. 65, note Nast et depuis C. trav., art. L. 411-11) ce que la jurisprudence refuse pour les associations, sauf pour certains organismes comme les associations de consommateurs, les ordres

professionnels ou certaines associations auxquelles la loi reconnaît ce pouvoir comme les associations familiales, les associations de lutte contre le racisme, de protection des droits de l'enfance ou de la femme...

Enfin, l'intérêt doit être *légitime* en sorte que, par exemple, la jurisprudence a longtemps (jusqu'en 1970) refusé à la concubine le droit de demander réparation du préjudice subi du fait du décès accidentel de son concubin contre le responsable de cet accident.

117. - Qualité pour agir. Une personne ne peut agir qu'en vertu d'un certain titre, une certaine *qualité*, le plus souvent confondue : le titulaire d'un droit litigieux agit pour voir reconnaître sa prétention. Mais, parfois, une personne exerce un droit par l'intermédiaire d'un représentant, le père d'un enfant mineur, le tuteur d'un incapable, le dirigeant d'une société. D'autres fois, la loi n'accorde qu'à certaines personnes la qualité pour agir. Par exemple, l'action en nullité relative d'un acte n'est ouverte qu'à la victime de la cause de nullité, alors que l'action en nullité absolue est ouverte à tous ceux qui ont intérêt à agir en nullité.

B - L'instance

118. - La saisine. L'action entame la procédure et se manifeste par une saisine. L'adversaire peut opposer divers moyens de défense, au fond du droit, argument contre argument, ou pour faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, par une *fin de non-recevoir*. La saisine prend la forme d'une assignation, dans une procédure contentieuse, remise, signifiée, par huissier à l'adversaire.

119. - L'audience. Les dates d'audience sont fixées par le président du tribunal qui, au cours de l'audience, dirige les débats. Une procédure de *mise en état* précède le jugement proprement dit, pendant laquelle le juge peut procéder à des mesures d'instruction où les avocats vont s'échanger leurs pièces et leurs conclusions. Le jugement est rendu après délibéré, en secret, et prononcé en audience publique. Il est, ensuite, signifié aux parties pour qu'elles en prennent connaissance afin de permettre l'exercice des voies de recours.

120. - L'acte juridictionnel. Le procès, l'activité de juger plus largement, aboutit à un acte : jugement (décision émanant d'un tribunal), arrêt (décision d'une cour), ordonnance (décision d'un juge unique), décision. Cet acte juridictionnel est de définition malaisée : entre une conception formelle, l'acte juridictionnel émane d'une juridiction alors même que celles-ci sont assez difficiles à définir et une conception matérielle, l'acte qui tranche une contestation.

Les effets de l'acte juridictionnel, du jugement, sont triples.

Le jugement dispose d'abord de la **force exécutoire** : le jugement est rendu au nom du peuple français, ce qui permet d'obtenir le concours de la force publique pour obtenir l'exécution forcée d'un jugement si les parties ne décident pas spontanément de l'exécuter. En pratique, l'original du jugement, *la minute*, est doublé par une copie, *la grosse*, signifiée et remise au perdant pour obtenir son exécution, reproduisant *la formule exécutoire* : « la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis » (D. 12 juin 1947).

Le jugement assure ensuite le **dessaisissement du juge** (CPC, art. 481, al. 1^{er}), ce qui signifie que, sauf exceptions comme pour des recours en interprétation, en révision ou en rectification d'erreurs et omissions matérielles ou bien de jugement avant dire droit, si une nouvelle décision doit être rendue, elle résultera du jeu des voies de recours.

Le jugement assure enfin l'**autorité de la chose jugée** (C. civ., art. 1351) qui empêche de revenir sur la décision une fois que les délais de recours sont écoulés

et non exercés et qui interdit surtout d'exercer une nouvelle action sur le même fondement. Cette autorité s'explique tant par le mécanisme de l'organisation judiciaire qui impose en quelque sorte une purge des éventuelles erreurs inévitablement commises et qui n'auraient pas été repérées au gré de ces différents recours, que par une présomption de vérité : *res judicata pro veritate habetur* (V. *infra*, J. Foyer). L'autorité de la chose jugée ne vaut que pour les décisions contentieuses, point pour les décisions gracieuses et pour autant que les mêmes personnes exercent une même action portant sur un même objet pour une même cause : l'autorité de la chose jugée n'est en effet que *relative*.

§ 3. – LES VOIES DE RECOURS

121. -Présentation. Certaines voies de recours sont ordinaires.

La plus importante est l'**appel**, dont le délai est d'un mois, en matière contentieuse mais uniquement si la décision de première instance a été rendue en premier ressort. Si elle a été rendue en premier et dernier ressort, aucun appel n'est possible. D'autres sont extraordinaires.

Le **pourvoi en cassation** en est le principal exemple. Il permet d'obtenir la réformation d'un jugement rendu en premier et dernier ressort ou d'un arrêt d'appel.

Le plus souvent, la Cour de cassation *rejette* le pourvoi et met ainsi fin à l'affaire. La décision antérieure s'en trouve confortée. Parfois, la Cour de cassation admet le pourvoi et casse, c'est-à-dire annule l'arrêt d'appel. Si cette cassation n'implique pas que l'affaire soit à nouveau examinée au fond, elle casse, sans renvoi et l'affaire est terminée. Dans le cas contraire, la cour casse et renvoie devant une autre cour d'appel ou la même, mais autrement composée. La cour d'appel de renvoi peut se conformer aux arguments de la Cour de cassation, ce qui met fin à l'affaire ou bien ne pas se conformer et résister. Un second pourvoi en cassation est alors possible contre ce second arrêt d'appel. Il sera tranché par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui pourra rejeter ce pourvoi ou bien casser un nouveau l'arrêt d'appel et renvoyer devant une nouvelle cour d'appel qui aura l'obligation de se conformer aux arguments de l'assemblée plénière. Bien sûr, peu d'affaires suivent ce déroulement qui peut durer des dizaines d'années (surtout si s'immisce une question de droit communautaire appelant une question préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes) mais il illustre à la fois l'extraordinaire richesse de ces voies de recours et l'autorité finale de la Cour de cassation.

Section 4

Le procès et la production des normes de source jurisprudentielle

122. -Au-delà de ces éléments techniques, souvent considérés comme rébarbatifs, et pourtant indispensables à la compréhension du droit, le procès réalise un élément capital du droit : sa mise en situation concrète, le passage de la norme juridique, générale et abstraite, à la résolution du cas concret, le litige. C'est donc à cette occasion que la justice rend la justice (au sens où elle tranche un contentieux dont ressortiront en général un perdant et un gagnant), voire la Justice (à supposer qu'une telle valeur soit atteignable, disons un sentiment de Justice). Rappelons en effet qu'une norme juridique est sanctionnée parce qu'elle est juridique (et non l'inverse, une norme n'est pas juridique simplement parce qu'elle fait l'objet d'une

sanction juridique), c'est-à-dire qu'un droit, une liberté, ou une prétention quelconque n'atteignent la juridicité que pour autant qu'une action en justice, et donc un procès, sont possibles.

Or ce procès suppose qu'une personne, un juge ou un ensemble de juges réalisent un certain nombre d'opérations techniques : quelles sont les demandes des parties, est-ce que les demandes sont adéquates, le juge peut-il soulever une règle, d'ordre public, non identifiée par les parties, quel est le raisonnement suivi par le juge, comment choisit-il la norme juridique applicable et l'applique-t-il aux faits ?

La figure traditionnelle du juge est celle du « juge automate », le juge, « bouche de la loi » (plus complètement et précisément : « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » selon la formule de Montesquieu (Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XI, Chap. 6, p. 197), en ce qu'il n'aurait pour fonction que d'être un exécutant de la loi. Celle-ci, dans la conception de la Révolution française, est parfaite puisque le résultat de la souveraineté populaire, de sorte que la modifier, y retrancher ou y ajouter serait trahir la loi et par là même trahir la souveraineté populaire. On voit bien alors que la fonction de juger n'est pas qu'une fonction technique si l'on admet que par nature la norme juridique à appliquer, la loi par exemple, n'est ni parfaite, ni complète ni même parfois existante, ce que constate d'ailleurs le Code civil, dès 1804 dans son article 4. Dès lors, il n'est pas impossible que le juge se contente, parfois, d'appliquer la loi ; il est plus probable que, très souvent, il lui faille opérer un cheminement intellectuel complexe, fait de choix et de décisions, d'actes de volonté donc, nécessaires à assurer le passage entre la norme et le cas, et ce faisant l'interpréter. Toutefois, nous avons aussi déjà vu (V. *supra*, n° 18) ou nous verrons (V. *infra*, nos 129, 190) que cette question est l'objet d'un débat, pas uniquement technique sur le point de savoir si le juge dispose du *pouvoir normatif* ou au contraire du simple pouvoir d'appliquer, mécaniquement, les lois et, s'il dispose du pouvoir d'interpréter, de savoir si celui-ci est le résultat d'une logique de *connaissance* de la norme à appliquer (qu'il trouverait dans la loi, l'intention du législateur, etc.), par exemple dans la conception *normativiste* ou d'une logique de *volonté*, parce que l'interprétation de la norme appliquée serait libre, dans la conception *réaliste*.

Passage entre les normes juridiques et le cas, le procès implique ainsi une fonction politique (éventuellement niée) à travers le moyen de produire des normes juridiques, plus exactement des normes juridiques spécifiques, des normes de source jurisprudentielle. Cette méthode suppose deux appréciations distinctes par le juge, en premier l'application de la règle au cas, ce qui implique la distinction et l'appréciation de ce qu'on appelle le droit et le fait (§ 1), puis l'appréciation de la norme appliquée, qui est un processus d'interprétation (§ 2).

§ 1. – LE PROCÈS, ET L'APPLICATION DE LA RÈGLE AU CAS CONCRET

123. - Individualisation de la décision. Une décision de justice, quelle qu'elle soit, est le résultat d'un litige entre deux ou plusieurs litigants, et qui le tranche. Elle met un terme définitif au litige en créant une situation obligatoire qui assure son efficacité (cf. C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, 2000), à travers la notion d'autorité de la chose jugée et, ce faisant les mesures d'exécution qui sont alors ouvertes.

124. - Le fait et le droit. Le litige est un ensemble de faits : ce sont les juristes qui présentent ces faits sous une couleur juridique. Par exemple, un cas de responsabilité civile commence par l'identification de préjudices et la victime de ceux-ci va chercher à présenter des faits pour les identifier et d'autres pour révéler la faute de

leur auteur. Le juriste identifiera des critères de qualification de ces préjudices, préjudice corporel, économique, moral, à rattacher à une faute ou une imprudence par un lien causal. Le juge apprécie alors l'ensemble de ces éléments. Plus exactement, une distinction se réalise entre les *juges du fond* et la *Cour de cassation*.

Les juges du fond apprécient les faits, c'est-à-dire qu'ils évaluent, dans notre exemple, les préjudices à un montant donné, vérifient qu'ils sont réels, prouvés, etc., apprécient la faute invoquée, le lien causal par autant d'appréciations factuelles (les faits permettant à une partie de prétendre qu'une faute est réalisée et qu'un lien causal associe cette faute et ces préjudices sont-ils réalisés, du point de vue de ce juge ?). Ils apprécient également le rapport juridique, la règle de droit, qui associe ces faits à la détermination de sa décision. Le juge du fond effectue donc un jugement complet, un double jugement, sur les faits et sur le droit qu'il choisit d'appliquer. En revanche, la Cour de cassation n'est saisie que du procès de l'arrêt d'appel : elle ne contrôle pas les faits (sauf hypothèse de dénaturation des faits) et par exemple ne revient pas sur le montant de la réparation qui a été accordée ou sur le point de savoir si les faits sont rassemblés. Cette question relève de *l'appréciation souveraine des juges du fond*.

En revanche, la Cour de cassation apprécie la nature de la règle appliquée par la cour d'appel. De ce point de vue, un procès en cassation est le procès de l'arrêt d'appel, à travers, plus exactement, les règles juridiques appliquées par le juge. Imaginons par exemple que les faits de notre exemple reposent sur les dommages corporels d'une victime subis du fait de l'exécution d'un contrat, un contrat de transport ferroviaire, alors que le train a déraillé et que le juge d'appel ait appliqué les règles de la responsabilité extracontractuelle (C. civ., art. 1240, ex-art. 1382), par exemple pour débouter la victime au motif que la compagnie ferroviaire n'a pas commis de faute. La Cour de cassation va alors vérifier que l'application de cette règle est la bonne. Deux hypothèses alors. La première est que l'arrêt d'appel s'est écarté de la solution retenue par la Cour de cassation (dans notre cas, on considère depuis 1911 que la responsabilité encourue est la responsabilité contractuelle, sur le fondement d'une obligation de sécurité attachée à ce type de contrat). La plupart des arrêts de la Cour de cassation sont des arrêts de rejet ou de cassation (comme ce serait sans doute le cas ici) par lesquels la Cour de cassation reprend la solution qu'elle a déjà adoptée. La seconde se réalise dans des circonstances très particulières. D'une part, il est possible que la Cour de cassation rejette le pourvoi en modifiant la règle de droit qu'elle appliquait jusqu'alors, par un revirement de jurisprudence, revenant donc sur l'application des règles de la responsabilité contractuelle. En général, ce type de revirement fait suite à des débats nombreux en doctrine et est relativement prévisible. D'autre part, il se peut que la cour intervienne pour la première fois sur ce type de situation. C'est ce qui s'est passé en 1911. Dans ces deux derniers cas, le contrôle de la Cour de cassation est particulier dans la mesure où elle contrôle alors la validité d'une décision de la cour d'appel sur la base d'une règle *qu'elle crée pour l'occasion*.

125. - Qualification. Au-delà du simple établissement des faits, le juge procède à un exercice de qualification : qualifier consiste, en quelque sorte à traduire des faits dans le langage juridique et, ce faisant, à les faire entrer dans une catégorie juridique. Cette opération est essentielle dans la mesure où elle permet d'emporter un régime juridique particulier. Dans l'exemple précédent, la catégorie « responsabilité extracontractuelle » ou celle de « responsabilité délictuelle » n'aboutissent pas au même résultat juridique. Le juge dispose ainsi du pouvoir de qualifier les faits, voire de les requalifier s'il estime qu'ils ont été mal qualifiés par les parties. Cet exercice de qualification est, en lui-même, un premier exercice d'interprétation des règles de droit. Certaines règles de droit proposent en effet des définitions, plus ou moins précises. Par exemple la vente est un contrat portant sur une chose qui emporte

un transfert de propriété, au régime particulier défini dans le Code civil. À l'inverse le contrat d'entreprise est un contrat portant sur un service réalisé par l'une des parties. Comment considérer alors le contrat par lequel une personne commande la fabrication d'une chose ? Le juge doit ainsi interpréter les règles de la vente et celle du contrat d'entreprise qui qualifie le contrat qui lui est soumis et lui assurer un régime ou un autre. Or, cet exercice se situe à mi-chemin entre l'appréciation des faits et l'interprétation de la règle de droit ; tantôt l'exercice de qualification porte sur le droit lui-même lorsque le juge interprète la règle de droit pour y intégrer les faits présentés (par exemple pour considérer que les biens incorporels, inconnus du Code civil, sont considérés comme des biens meubles), tantôt, plus rarement, il interprète les faits par exemple en matière pénale pour considérer que la mort d'une personne est un meurtre, jugé devant une cour d'assises ou un homicide involontaire, jugé par un tribunal correctionnel, ou qu'une agression sexuelle est un viol (cour d'assises) ou une simple agression (tribunal correctionnel). Le pouvoir du juge est ici considérable. On rapporte souvent l'histoire des juges anglais (V. *supra*, n° 31), au XIX^e siècle qui devaient appliquer une règle selon laquelle le vol d'une chose de plus de 2 livres était puni de mort, jusqu'à ce qu'un jeune garçon soit pris à voler un portefeuille contenant plusieurs billets de 10 livres. Et les juges de considérer que le vol reposait sur une somme de 39 shillings pour éviter l'application de la peine de mort prévue.

126. - L'« application » de la règle de droit par le juge. On affirme en général que le juge applique la loi, ce qui est une approximation : le juge applique la loi en tant qu'elle a déjà été interprétée par la jurisprudence, et surtout, il interprète la loi, dans la mesure où, d'une part, la loi est souvent imprécise, incomplète ou absente et surtout qu'elle est générale et abstraite et que l'« application » de la loi suppose, par hypothèse, une adaptation au cas concret.

Nous verrons d'ailleurs que, au contraire de ce qui est souvent imaginé, les juges n'appliquent pas toujours la technique dite du « syllogisme judiciaire » qui consisterait à assurer le passage systématique de la loi, abstraite et générale, au cas, concret et particulier, selon lequel il suffirait de considérer la loi (majeure), puis les faits (mineure) et à appliquer celle-ci à ceux-ci, comme si cette méthode, mécanique, était systématiquement possible : telle est l'hypothèse du juge automate. Ce type de méthode, à supposer qu'il soit parfois utilisé, et au-delà du fait qu'il risque d'aboutir à des résultats absurdes ou injustes, est en réalité le plus souvent inversé, à travers la méthode plutôt, du syllogisme inversé, ou « régressif », qui consiste à considérer les faits, à retenir la décision à prendre, puis ensuite à déterminer le contenu de la règle à appliquer. Tout l'art du juge consiste précisément à présenter cette solution, et la règle retenue, comme s'inscrivant dans la « logique » de sa décision.

Le « flou du droit » (comp. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986) repose précisément sur l'absence, l'incomplétude ou l'obscurité de la norme à appliquer : il est évident alors que la décision du juge contient une part d'émotions, de sensations, qui est celle du juge, et qui prend en compte diverses dimensions, sociales, morales, économiques, politiques, mais également des habitudes de juger. Ce flou du droit peut être illustré à travers la notion de standard juridique ou notion à contenu variable, déjà rencontré : la faute, la bonne foi, le raisonnable, etc. Les standards juridiques, notions floues par excellence, sont innombrables. Une première observation pourrait être une critique du législateur qui aurait laissé passer de telles notions floues. C'est cependant une observation de courte vue : non seulement ces standards sont nombreux, mais ils sont volontaires et nécessaires. Ils sont d'abord volontaires : le législateur choisit à dessein de retenir un standard juridique, soit parce qu'il sait qu'il fait l'objet d'interprétations connues, soit précisément pour renvoyer au juge le soin de la déterminer. Ils sont également nécessaires dans la mesure où ils assurent une part de flexibilité et d'adaptabilité du droit à l'évolution du temps, des circonstances, mais aussi des faits qui pourraient faire l'objet de litiges, par hypothèse inconnus,

mais également parce que l'hypothèse d'un législateur omniscient susceptible de proposer, par anticipation, des solutions adaptées aux difficultés à venir est totalement utopique : un droit est durable précisément parce qu'il contient de très nombreux standards juridiques, comme c'est le cas du droit français.

127. - Le pouvoir modérateur, de création ou de neutralisation du juge.

L'expression « pouvoir modérateur » du juge vise des situations particulières dans lesquelles le juge est autorisé par la loi, ou s'autorise lui-même à corriger une situation juridique qui lui est soumise, souvent dans le domaine du droit des contrats. C'est le cas par exemple des clauses pénales, qui peuvent être limitées par le juge lorsqu'elles sont « manifestement excessives ou dérisoires », depuis une loi de 1975. C'est également le cas, indépendamment de toute loi spécifique, pour corriger des applications excessives de la loi, par exemple à travers l'institution de l'abus de droit ou l'exception d'ordre public international qui permet écarter les effets non voulus d'une règle de droit. Par exemple, le propriétaire d'une chose dispose des pouvoirs les plus étendus pour utiliser cette chose, dans les limites de l'abus du droit de propriété, aujourd'hui contenue dans les règles des « troubles du voisinage » en matière immobilière. De même un contrat de gestation pour autrui valable à l'étranger, parce que les règles d'un État valident cette pratique, est considéré comme nul ou inapplicable en droit français, du fait de l'application de cette exception d'ordre public international.

Plus complexe est l'hypothèse du pouvoir de création ou de neutralisation du juge. Par exemple, la Cour de cassation considère que des contrats contiennent, de manière inhérente, des obligations qui n'y figurent pourtant pas comme des obligations d'information ou des obligations de sécurité. Particulièrement discuté en droit des contrats dans la mesure où le juge est généralement considéré comme un tiers au contrat, sans aucun pouvoir pour le modifier, la question demeure dans toutes les autres situations où le juge « crée » une situation juridique, comme ce fut avant les réformes de la filiation, de la considération de la possession d'état enfant naturel, ou une règle juridique à partir du néant. À l'inverse, et là encore en droit des contrats, le juge s'autorise à neutraliser, en les écartant, des clauses voulues par les parties par la nullité ou la considération de leur caractère « réputé non écrit », comme c'est le cas de certaines clauses limitatives de responsabilité. Mais là encore, la question est beaucoup plus vaste, comme lorsque le juge réfute une institution juridique, parfois même instituée par la loi, pour en limiter les effets. Voire lorsqu'elle contraint une règle de source concurrente, la loi par exemple.

Dans toutes ces situations, le « pouvoir » du juge s'exprime par une interprétation soit des faits, soit d'une règle, quand bien même il n'échapperait à personne que la décision a été guidée par des considérations extra-juridiques, par exemple d'équité. Reste cependant à justifier l'origine de ce pouvoir, qui ne peut résulter que d'une habilitation par une règle juridique, une règle constitutionnelle (qui n'existe pas en droit français en tout cas pas de manière explicite) ou une règle de procédure.

128. - Le pouvoir d'appliquer la loi. Dans la conception légaliste, le juge, « bouche de la loi » dispose du seul pouvoir d'appliquer la loi, dans une logique hiérarchique où la loi dispose d'une prépondérance normative. Quand bien même alors, l'évolution de la pensée juridique conduit à admettre le pouvoir du juge, sur des bases théoriques fortes (cf. R. Colson, *La fonction de juger, Étude historique et positive*, LGDJ, 2006) ou faibles, demeure la pesanteur de la suprématie de la loi, dans la conception jusnaturaliste postrévolutionnaire. Peu importe ici la justification ou la critique de ce pouvoir, si ce n'est pour décrire des situations d'application de la loi par le juge. C'est le cas par exemple des situations internationales où plusieurs lois nationales sont susceptibles d'entrer en concours : un mariage entre un Français et une Marocaine en Belgique implique-t-il l'application de la loi française, marocaine ou belge ? Et quelle loi choisir : la loi de forme du mariage, la loi

de fond, etc. ? Les règles, très sophistiquées, du droit international privé (V. *infra*, n° 215) ont précisément, devant la multiplication de ces situations et des normes applicables, internes ou internationales, vocation à permettre au juge de choisir la loi applicable au litige. Le juge n'est alors plus simplement en charge d'appliquer la loi mais de choisir la loi, éventuellement étrangère, qu'il aura ensuite vocation à appliquer. Par exemple un Marocain épouse une Française mais est déjà marié avec une épouse précédente : ce deuxième mariage, valable au Maroc, l'est-il en France ? L'interdit français de la bigamie peut-il permettre au juge de choisir quel mariage est le bon ? Au-delà d'un choix, le juge dispose, dans sa fonction d'appliquer la loi, du pouvoir de contrôler la validité de la loi. Nous avons vu que le Conseil constitutionnel dispose de ce pouvoir s'agissant du contrôle de constitutionnalité, *ex ante* ou au cours d'un litige par le jeu d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce contrôle est également assuré par le juge ordinaire lorsque la loi invoquée dans un litige est susceptible d'être considérée comme contraire à une règle européenne, soit une règle de la Convention européenne des droits de l'homme, soit une règle relevant du droit de l'Union européenne. Le contrôle de constitutionnalité est considéré comme un contrôle abstrait en ce sens que le juge constitutionnel se borne à contrôler le contenu de la loi au regard de la norme constitutionnelle de référence. Le contrôle de conventionnalité peut également se présenter comme un contrôle abstrait, mais peut s'élargir à un contrôle concret, c'est-à-dire un contrôle de l'application concrète de la loi, notamment au regard de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire des conséquences de l'application de la loi au regard des critères posés par la règle de référence, par exemple pour les considérer comme disproportionnées, tout en décidant que la loi demeure valable dans d'autres circonstances. Il en résulte une modification considérable dans le rôle du juge : il n'est plus simplement en mesure d'appliquer un raisonnement binaire, selon lequel la norme légale est ou non valable, mais un contrôle original, dit de proportionnalité, ou, pour utiliser une formule du droit américain, de balance des intérêts (*check and balances*). Dans tous les cas, il résulte de la reconnaissance de ce pouvoir une forme d'inversion des logiques : la norme de source jurisprudentielle devient supérieure à la norme de source légale, et en toute hypothèse une forme de dévalorisation de la norme légale, qui n'est plus garantie du seul fait de son existence, celle-ci dépendant de l'appréciation « du » juge.

§ 2. – LE PROCÈS ET L'INTERPRÉTATION DE LA NORME JURIDIQUE

129. - **Pouvoir d'interpréter la loi.** Le juge applique moins la règle de droit qu'il ne l'interprète ; plus exactement, il applique la norme qu'il a interprétée, ce qui implique un pouvoir de création de la norme, dans la mesure, précisément, où l'interprétation consiste à rendre clair ce qui était obscur, complet ce qui était incomplet ou existant ce qui était inexistant. Or, si la décision de justice est une norme individuelle, en ce sens qu'elle ne s'impose juridiquement qu'aux parties au procès, la norme interprétée fondement de la décision présente une portée générale. Elle est même *la* norme applicable, celle qui donne un sens à la norme interprétée, qui n'en disposait point.

Cette logique d'interprétation est systématique, y compris lorsque le juge refuse d'y procéder.

C'est le cas notamment lorsqu'une interprétation est demandée au juge, et que celui s'y refuse en invoquant la *théorie de l'acte clair*. Ainsi, le juge est, aux termes de l'article 4 du Code civil tenu d'appliquer la loi obscure, et ce faisant de l'interpréter ; à supposer que le juge s'y refuse, il suffit qu'il invoque la clarté de la loi pour ne pas

proposer cette interprétation, par exemple parce que l'interprétation dépendrait d'une autre instance, et ce de manière autorisée par la loi, comme en droit de l'État de Louisiane (C. civ. Louisiane, art. 9), de manière explicite ou implicite. Par exemple, la Cour de cassation, appelée à contrôler l'arrêt d'appel qui, avant la loi *Taubira* de 2013, avait considéré que le mariage entre deux personnes du même sexe était contraire à l'article 144 du Code civil, n'avait pas retenu l'existence d'une difficulté d'interprétation en affirmant que le « mariage est l'union de deux personnes de sexe différent » en 2007.

La généralité des situations consiste cependant à interpréter des règles ou à en créer. Certains textes sont explicitement ouverts à l'interprétation, lorsqu'on les désigne comme des textes à *texture ouverte* par exemple lorsque la loi utilise des standards juridiques : la loi est précisément présentée comme étant à interpréter. En revanche, on observe que la jurisprudence interprète toutes sortes d'autres règles, vieilles, contradictoires, incomplètes, ou tout simplement inadaptées au cas sur lequel le juge se penche, voire totalement inexistantes.

Il est difficile de déterminer ce pouvoir d'interprétation en dehors d'une règle claire, de nature constitutionnelle ou légale, qui institue ce pouvoir, sinon dans une interprétation particulière de l'article 4 du Code civil et des règles du Code de procédure civile qui accordent au juge le pouvoir de trancher de manière définitive un litige. La Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne sont ainsi les *cours souveraines* qui disposent, sans recours possible, de ce pouvoir d'interprétation.

Or, l'interprétation d'une règle présente par nature une qualité particulière, celle de conférer un sens à une règle qui, avant cette interprétation, n'en disposait pas : la règle se présente alors de manière générale et abstraite : elle est une règle de droit, identifiée à un acte de connaissance de la loi appliquée, ou un acte de volonté, selon que l'on considérera que la description de type normativiste ou réaliste est la mieux à même de décrire cette technique d'interprétation.



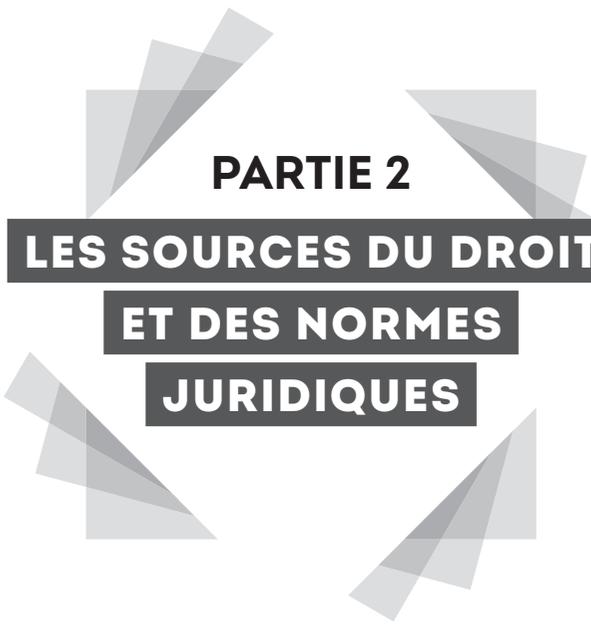
Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- M. Cornu et M. Moreau, *Traduction du droit et droit de la traduction*, Dalloz, 2011.
- J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, thèse Paris, 1954.
- M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire (Étude de droit processuel)*, thèse Paris II, 1988.
- O. Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, thèse Paris II, 1988.
- M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2002.
- F. Ost, *Le droit comme traduction*, PUL, 2010.
- F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^e éd. 2012, n^{os} 97 et s.

2 ♦ ARTICLES

- J. Brisset, *Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne se fait justice à lui-même »* : *Arch. phil. dr.* 1976, p. 205.
- Ph. Jestaz, *La qualification en droit civil : Droits 1994*, n^o 18, « La qualification », p. 45.



PARTIE 2

LES SOURCES DU DROIT ET DES NORMES JURIDIQUES

130. - Plan. Une introduction générale à l'étude du droit qui tente de répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? » suppose l'observation des sources du droit, c'est-à-dire de l'ensemble des « mécanismes d'émission » du droit, des « procédures » de production des normes juridiques. Sources du droit, l'appellation est consacrée. Sans doute devrait-on dire sources des normes juridiques. On ne confondra pas, en toute hypothèse, les sources des normes et les normes elles-mêmes. Les normes juridiques applicables sont celles qui s'imposent, les règles de droit. Elles sont souvent considérées de manière plurale, comme si les normes juridiques étaient différentes selon leur source : les normes légales, constitutionnelles, européennes, jurisprudentielles, coutumières, etc., ce qui aboutit à une forme de confusion, réelle ou d'habitude, entre la source et la norme qui en résulte. Par exemple, un débat, de moins en moins aigu cependant, porte sur la place de la jurisprudence comme « source » de droit, alors qu'il s'agit en réalité de savoir si la jurisprudence, source possible de norme, est une source valable ou réelle de norme en droit français. On pourrait en revanche, et de manière plus claire, considérer les normes en tant qu'elles découlent d'une source particulière, c'est ainsi que la formule « règle légale » ou « norme jurisprudentielle » signifie que la règle ou la norme est de source légale ou jurisprudentielle.

Cette question est l'occasion de s'exercer à quelques abstractions véritables aux confins du droit constitutionnel, du droit international ou européen, de la philosophie du droit, le tout au service de l'efficacité du droit matériel, public ou privé.

Longtemps, l'étude était finalement assez simple, ramenée à l'étude de la loi, ce monument républicain, et finalement français, servie par la jurisprudence et quelques résidus mal expliqués de l'Ancien Régime comme les coutumes. Mais point de doute sur la hiérarchie des lois, toute empruntée à la théorie juridique allemande, objet de controverses importantes et fondamentales ; point de doute non plus sur la cohérence du système juridique, sur celle du discours juridique. Or, si nous avons pu

déjà montrer que, aux doutes sur la pertinence des réponses posées à la question, voire de la question elle-même « qu'est-ce que le droit ? », s'ajoutent des éléments de discussion reposant sur les conflits de fondement ou de connaissance et d'exposé des règles de droit, il serait curieux que l'on n'assiste pas, au stade de l'observation des sources, à quelques interrogations, voire quelques doutes majeurs.

Aujourd'hui, la question des sources du droit est une question majeure, une question de droit, une question de société, en pleine mutation.

Il convient alors d'entreprendre « l'inventaire » de ces sources d'assurer la délimitation de celles-ci, pour autant qu'il soit possible d'établir un tel **inventaire des sources** (Chapitre 1). Il s'agit de comprendre quels sont les mécanismes de production des normes, des règles qui sont à l'origine des droits subjectifs. La théorie des sources, ravivée depuis la fin du ^{xix}^e siècle alors que la contemplation du Code civil l'avait étouffée, permet de l'identifier. Elle n'est pas sans faire l'objet d'études multiples, souvent critiques. L'enjeu est considérable car la méthode de création du droit est en jeu. Cette « simple » délimitation est cependant insuffisante car la délimitation des sources ne vaut que par leur compréhension, par leur utilisation. Aussi, la détermination des sources du droit nécessite conjointement l'observation de **l'interprétation des normes juridiques** ; et peut-être la question de l'interprétation aurait dû précéder l'observation des sources, comme nous le verrons (Chapitre 2) et de **l'application des normes juridiques**, question plus technique mais redoutable (Chapitre 3).



CHAPITRE 1

INVENTAIRE DES SOURCES DU DROIT

131. - Pluralité des sources du droit ? La connaissance des sources du droit est dominée par la question de sa délimitation, question malaisée en raison de la difficulté de s'accorder sur les critères de cet exercice, la *fons juris*, la fontaine de droit (V. Ph. Jestaz, *Sources délicieuses, remarques en cascades sur les sources du droit* : RTD civ. 1993, p. 73), entre les sources réelles qui conduisent à réfléchir sur les facteurs expliquant la formation du droit et les sources formelles, celles qui font effectivement le droit positif.

Envisager « les » sources permet de faire surgir un système juridique pluraliste, comme l'était l'Ancien droit, comme l'est notre droit moderne quoique nous répugnions (de moins en moins) à l'affirmer en raison des mythes fondateurs de la République, reposant sur la loi conçue comme l'expression de la volonté générale.

Pour reprendre les mots de Philippe Jestaz, les « pôles » susceptibles de devenir des sources du droit sont largement délimités : l'émetteur de la loi (le Prince, le parlement, le gouvernement, selon le mode politique du moment ou de l'endroit), l'émetteur du jugement (le juge), l'émetteur du savoir (la doctrine) et celui de la coutume (le peuple). Ces pôles sont immuables mais le rôle reconnu à ces pôles émetteurs est susceptible de variation selon les époques et les systèmes « constitutionnels » en vigueur. Où l'un attachera le plus d'importance à la loi, évinçant les autres ou presque, l'autre admettra une concurrence plus large, impliquant une hiérarchie complexe entre ces normes (V. *infra*, nos 180 et s.).

132. - Première approche : la loi est « la » source de droit. Une première approche, élémentaire, voit notre système de droit fermement attaché à la loi que seule connaît la Constitution de la V^e République (avec ses dérivés : traités internationaux et règlements administratifs) : « la loi est l'expression de la volonté générale », ce qui sous-entend, si l'on conjugue, sans y réfléchir plus avant, cette formule avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, que la loi est la *seule* expression légitime de la volonté générale, excluant aussitôt toute autre forme de source de

normes et, surtout, marquant l'accent sur la volonté qui préside à l'élaboration des lois, dans une conception que l'on peut présenter comme kelsénienne pour la résumer, quoique qu'elle fut et demeure partagée par bien des juristes de droit public ou de droit privé (V. par ex. : J. Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931, n° 58 : « [Les sources du droit sont] les formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit ; autrement dit, une règle de conduite quelconque ne s'élève à la dignité de règle de droit dotée de la plénitude de ses effets, c'est-à-dire de règle de droit positif, que si elle peut se prévaloir d'une origine s'identifiant avec telle ou telle source formelle ») et donc dans l'indifférence relative des sciences voisines du droit, sociologie, économie, et des réalités sociales de façon plus large.

Dès lors, la considération des sources du droit peut être plurale, à travers la place des principes généraux, si présents pour les tenants du positivisme historique ou nostalgique (V. *supra*, n° 56), principes parfois hérités du droit romain ; *infans conceptus pro nato habetur, nullum legem ignorare censetur*, etc., lesquels ne trouvent aucune place dans notre système de droit légiféré et écrit sinon, parfois, dans quelques textes épars (V. *infra*, n° 176) ou surtout s'ils sont identifiés par la jurisprudence, ou bien sur des coutumes dont on explique mal l'origine, mais surtout sans compter la place de la jurisprudence depuis un siècle. De même, la complexité du droit moderne a conduit à la création de systèmes juridiques où tout se mêle : tel est le cas des autorités administratives indépendantes (les AAI), qui cumulent des pouvoirs réglementaires et judiciaires, contredisant alors le principe de la séparation des pouvoirs.

Aussi cette première approche correspond à une conception formelle des sources du droit, entièrement envisagée d'un point de vue extérieur au droit lui-même, d'un point de vue constitutionnel.

133. - Seconde approche : droit des sources du droit. Une seconde approche s'impose alors pour expliquer cette diversité des sources réelles du droit. Elle est plus délicate et plus théorique car elle pose la question de la définition d'une source du droit (V. *infra*, B. Oppetit, *La notion de source du droit... et in Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 53, spéc. p. 55 : « Mais qu'est-ce donc, dans ces conditions, qu'une théorie des sources du droit ? Dans son essence, c'est une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux. Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires. Cette doctrine devient elle-même une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et traduit, dès lors, son aptitude à produire des normes ; en effet, la norme juridique, à la différence de la norme sociale, susceptible de naître spontanément, se spécifie par la nature de sa genèse : c'est elle qui, pour s'imposer en tant que telle, suppose qu'elle soit "dite" selon des modalités prédéterminées, définies par la doctrine de ses sources, puis promues par l'action politique. Et c'est son édicition en conformité de la théorie des sources adoptées par le pouvoir qui confère la juridicité à une norme »).

Elle est généralement considérée comme un postulat : les sources du droit sont l'ensemble des règles de droit existant à un moment donné. Plus théoriquement, une source de droit peut être considérée par sa fonction : créer des règles de droit ; par sa nature : mode prédéterminé (selon la conception légaliste du droit et des sources) ou non (selon la conception pluraliste des sources) de production des normes ; et, éventuellement, par des éléments de légitimation. Est alors une source de droit une norme qui est produite en conformité avec la théorie des sources du droit, c'est-à-dire les règles de compétence normative. Or ces règles, supérieures, légales ou constitutionnelles selon l'inspiration révolutionnaire d'après laquelle la loi – la norme – procède de la volonté générale, s'effacent devant une conception

pluraliste des sources du droit. La norme juridique procède ainsi d'un ensemble d'autres normes. Par exemple, il existe des règles légales, dans le Code civil par exemple dans son titre préliminaire, intéressant la publication des lois ou leurs effets dans le temps, maigres restes des premiers projets du Code civil qui avaient pour ambition d'envisager la définition du droit positif, du droit naturel, les différentes sources du droit, écrit ou non écrit, les méthodes d'interprétation, etc., dans une volonté utopique et sans doute présomptueuse de pouvoir, et même de devoir, régir tout le droit par la loi. L'ensemble procède essentiellement d'un droit des lois. Or, la norme juridique s'étend, au-delà de la seule loi considérée comme l'expression de la volonté parlementaire, à différentes autres sources, permettant l'admission aux côtés de la loi, de la coutume, des usages, de la jurisprudence comme sources de norme juridiques aussi valables et efficaces que les lois. C'est donc une conception plus souple, moins légaliste qui semble s'imposer : le droit conçu comme un ordre spontané et comme un ordre construit. Dans ces conditions, le débat sur les sources du droit change : ce n'est plus seulement de légalité (ou de constitutionnalité) des sources dont il est question, mais de légitimité de ces sources et de juridicité. Est « droit » ce qui est décidé comme tel par une norme supérieure (normativisme kelsenien) ou ce qui est considéré comme tel par le juge (critère de la juridicité), voire par la société. Le « droit » des sources du droit n'est donc pas intégré au droit, il le dépasse en une conception assurant la description des différents modes de production du droit, voire de son efficacité.

D'ailleurs, un coup d'œil au-delà de nos frontières montre des systèmes juridiques efficaces pourtant fondés sur une théorie des sources du droit différente. Ainsi en est-il notamment du système de *Common Law*. Celui-ci repose en effet sur la règle du précédent, c'est-à-dire sur le procès, le recours au juge, au cas particulier et à l'analogie, les *Cases rules* fondamentalement différents du système romano-germanique fondé sur la norme générale préexistante.

134. - Plan. Dans ces conditions, on peut observer que notre système demeure d'inspiration légaliste : le droit résulte pour beaucoup des lois, expression de la volonté générale. Aussi peut-on identifier les sources supra-légales (Constitution, traités internationaux), la loi, et les sources extralégales comme la jurisprudence ou la doctrine. C'est une classification possible mais source de confusions car elle semble sous-entendre une hiérarchie très (trop ?) stricte entre les sources légales, *supra* et extra (pour ne pas dire *infra*) légales ; la question de la hiérarchie des normes fera l'objet de quelques remarques, en guise de conclusion. Cette classification n'ignore pas la pluralité des sources mais passe sous silence la méthode de production des normes.

Aussi nous en tiendrons-nous à une présentation très classique, opposant les sources que nous désignerons comme « légales », en tant qu'elles sont des sources issues de la volonté de l'exécutif ou du législatif (Section 1) et non légales (Section 2) du droit avant de tenter, pour conclure, quelques propos de synthèse sur le pluralisme et la hiérarchie des sources du droit (Section 3).

Section 1

Les sources « légales »

135. - Plan. Les sources légales recouvrent les principales sources de droit : la loi (§ 1), mais aussi les autres sources légales (§ 2) qui lui sont soit supérieures, soit inférieures (une hiérarchie se devine ici, indiscutablement).

§ 1. - LA LOI

136. - « À tout seigneur... », sens du mot loi. La loi est, en droit français, mais aussi au-delà du droit, la source première, la source de référence, la source qui bénéficie de la légitimité la plus intense. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la loi est confondue avec le droit : la loi est le droit. Ce n'est qu'en observant que cette égalité est fautive et trompeuse qu'une véritable étude des sources du droit se justifie. Ce constat n'a pas pour objet ni pour conséquences de ruiner la portée et la majesté de la loi, mais simplement de donner corps à une réalité : le droit ne s'identifie pas seulement à la loi, mais également à d'autres sources concurrentes.

Il reste que la loi est la source majeure, moderne (au sens philosophique) du droit, justifiant sa place éminente (et comp. pour une comparaison avec les autres sources, *infra*, n° 267).

La loi peut être différemment entendue selon que l'on s'attache à son *sens formel* ou à son sens matériel. Le sens formel définit la loi par l'autorité qui l'énonce. Est ainsi une loi au sens formel l'acte émanant du pouvoir législatif, du parlement, dans les termes de l'article 34 de la Constitution. En son *sens matériel*, la loi est envisagée de façon plus large, à travers son domaine et elle est souvent confondue avec la réglementation. S'agissant du domaine de la loi, on constate que la Constitution de 1958 a limité les pouvoirs du parlement au profit de l'exécutif, du pouvoir réglementaire, limitation qui, d'ailleurs, n'a pas résisté à l'épreuve du temps, le parlement ayant en pratique récupéré tous ses pouvoirs (V. *infra*, B. Mathieu).

La loi se présente de façon relativement uniforme : précédée de considérations générales situant la loi, comme *l'exposé des motifs* ou *l'étude d'impact*, le corps de la loi se présente sous forme d'articles de loi et l'on pourra s'intéresser aux *travaux parlementaires*, publiés au *Journal officiel*, en cas de difficulté d'interprétation de la loi (V. *infra*, n° 276). Cependant, si de nombreuses lois visent un objectif précis, finalisé ou limité, d'autres ont des objets beaucoup plus vastes s'insérant dans de nombreux réceptacles : Code civil, Code du travail, Code pénal, Code général des impôts, Code de la sécurité sociale, lois particulières non codifiées. Il devient alors difficile de s'y retrouver, sans compter les lois sans nom, les lois portant diverses dispositions d'ordre économique, social ou fiscal. En revanche, une loi ne se présente pas comme un « produit » fini, tel qu'il apparaît dans un code, une fois promulguée et intégrée dans le *corpus* légal qui l'entourne. Hormis quelques lois qui réforment dans une grande amplitude un ensemble complet de règles, la loi se présente souvent comme une suite d'articles qui se contentent de modifier ici un mot, là un groupe de mots, et assurent ensuite la concordance des différents renvois opérés dans l'ensemble de la législation : la « loi » est souvent, dans son expression brute, assez difficilement déchiffrable.

137. - Législation, réglementation, régulation, codification, gouvernance, négociation, etc. La législation est un phénomène normatif conçu comme volontariste. Dans l'esprit de la Révolution française comme dans la Constitution actuelle, la loi est l'expression de la volonté générale, manifestation du contrat social, délégation de la puissance souveraine aux délégués du peuple, les députés. En réalité, puisque tout mandat impératif confié aux députés est proscrit, la loi est surtout la volonté du législateur, voire celle du concepteur : député, technicien de l'administration, personnalité particulière, groupes de pression. La loi, la législation, se présentent ainsi comme la mise en œuvre d'un projet philosophique et politique, celui de la démocratie représentative. Elles peuvent également être comprises comme le résultat d'un rapport de force, voire de domination, de sorte que l'altération, aussi faible soit-elle, du consensus autour de ce mode de production ordinaire des normes conduit à sa remise en cause, ou du moins, à sa discussion : du rapport de force transporté dans la rue à la négociation de la loi ou à la pression explicite ou implicite de divers

groupes de pression (associations de citoyens, politiques, syndicales ou d'entreprises) visant à favoriser les intérêts d'un groupe particulier ou de la « société civile » que tel groupe est supposé représenter. On pourrait ainsi ajouter aux lois au sens formel ou matériel, une troisième catégorie, celle des *lois virtuelles*. Depuis peu, en effet, on observe l'importance des effets d'annonce d'un projet de loi par le gouvernement. Sitôt annoncée, la loi, qui n'est parfois même pas présentée au parlement ni même rédigée, est commentée, discutée, contestée, déjà réformée. À certains égards, la loi ou certaines d'entre elles du moins, se forment dans la rue ce qui pose, comme au XVIII^e siècle, la question de l'opposition entre démocratie directe et démocratie représentative. En toute hypothèse, germe de plus en plus l'idée d'une collaboration, plus ou moins brutale, volontaire ou souhaitée, entre l'auteur d'une loi et ses destinataires. À bien des égards d'ailleurs, le défaut de négociation s'observe par la qualité de sa réception dès l'annonce d'un projet de loi, étant entendu que certaines lois, parce qu'elles reposent sur des questions de principe inspireront, pas nature, une contestation et qu'elles sont, alors, le résultat d'un choix politique. La notion de gouvernance, terme emprunté au vocabulaire anglo-américain, traduit cette situation en tant qu'elle assurerait la substitution d'une législation unilatérale « venant d'en haut », par une législation participative (cf. J. Chevallier, *L'état postmoderne*, LGDJ, 2008) qui révèle une nouvelle manière de légiférer par la prise en compte de l'ensemble des acteurs, des destinataires, *via* des avis, des états généraux ou des « Grenelle », des consultations, des expertises, des commissions consultatives, des « livres verts » ou « livres blancs », expériences parfois associées et visant à assurer la reconnaissance d'un droit à la parole. Par exemple, les réformes du Code civil dans les années 1960-1970 étaient confiées à des experts, comme Jean Carbonnier et Gérard Cornu, tandis que la réforme du droit des contrats, en 2016, a été élaborée sur la base d'un avant-projet de loi, rendu public en 2015 *via* le site Internet du ministère de la Justice et soumis à l'avis de tous, notamment des différentes professions du droit, mais également des universitaires ou des citoyens concernés. Obligatoire en droit du travail, la négociation de la loi précède ainsi son vote, ce qui n'empêche pas qu'elle soit discutée lors des débats parlementaires.

Dès lors, où la loi était aux XVIII^e et XIX^e siècles largement sacrée, en tant que résultat du droit naturel classique de la méthode normative puis comme méthode de réalisation du suffrage populaire, elle a tendance à se multiplier aujourd'hui au point d'être désenchantée, désacralisée. La loi devient un instrument de politique juridique, provoquant l'inflation des lois, leur médiocre qualité, mais aussi leur spécialisation : chaque groupe de pression réclame « sa » loi.

La **réglementation** est un autre phénomène, plus vaste, qui vise tout à la fois l'ensemble des règles qui émanent de l'exécutif ou du législatif (lois et règlements divers : décrets d'application, règlements autonomes) français, international, communautaire ou plus restreint comme une collectivité territoriale, mais aussi des autorités administratives indépendantes (COB, CSA, Comité d'éthique...). La réglementation représente à la fois l'action de réglementer et son résultat. Elle suscite souvent un sentiment d'étouffement, résultant du trop-plein de règles techniques et contraignantes. Inversement, la *déréglementation* résulte d'un souci inverse : purger notre droit de réglementations inutiles ou inefficaces ou trop rigides ou bien, en un sens un peu différent, faire sortir du giron de l'administration ou du droit pénal certains comportements mais qui provoque, au final, une réglementation pour déréglementer.

La **régulation** est une formule plus moderne, qui s'inscrit dans un mouvement de déréglementation essentiellement appliqué au droit économique. Le « droit de la régulation constitue une branche du droit qui regroupe l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, comme le droit de la régulation financière, le droit de la régulation énergétique, le droit du secteur audiovisuel et des télécommunications, etc. »

affirme M.-A. Frison-Roche (V. *infra*, M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation* : D. 2001, chron. p. 601. – L. Roy, *Réflexions sur le droit de la régulation* : D. 2001, chron. p. 3031). « La régulation serait une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit en associant à la prise de décision différents acteurs. Cette adaptation se fait alors sur le mode de la flexibilité. Par la régulation, les normes se font souples, négociées, évolutives » poursuit ainsi L. Roy.

C'est une nouvelle façon de « faire du droit », une technique supposée plus souple que la méthode légale, agissant par délégation, par exemple à la Commission des marchés financiers, au Conseil supérieur de l'audiovisuel, à l'Autorité de régulation des télécommunications, à des comités Théodule quelconques, etc., pour que ces autorités agissent dans le sens cumulé de l'application du droit (la loi) et de la production de normes adaptées à la matière.

La technique n'est pas alors sans poser nombre de difficultés, s'agissant par exemple du respect de la séparation des pouvoirs ou du respect de garanties procédurales élémentaires et fondamentales. Est-ce efficace ? Est-ce, surtout, conforme à « l'esprit des lois », à la Constitution ? C'est une question essentielle, qui dépasse les frontières du droit, une question politique, disons néolibérales, visant à confier à des acteurs privés le soin d'établir des normes, dans le cas de la « normalisation » technique par exemple, ou à des « commissions », « comités », « autorités », « sages », quelconques et quelle que soit son appellation, visant à ainsi à confier à la « science » les clés de décisions du politique. Il ne s'agit plus de gouvernement mais de « gouvernance » et de « gestion », comme dans les entreprises, avec le risque de confondre les activités régaliennes de l'État avec des activités moins substantielles, les premières « gérées » comme les secondes. L'affaire du Covid-19 en est l'illustration : un conseil scientifique a été installé auprès du président de la République, complété par un Comité d'analyse recherche et expertise (CARE, la langue de l'acronyme est en elle-même signifiante), l'ensemble, composés d'experts scientifiques du milieu médical, pour l'assister dans la prise de décision. Or le gouvernement publie les décisions de ces comités avant de prendre une décision, par exemple à l'occasion de vote au premier tour des élections municipales puis du report du second tour. On voit la difficulté : aucune règle constitutionnelle ne permet de confier des pouvoirs, du type des pouvoirs constitutionnels (exécutif, législatif ou judiciaire) à des « savants ». La « science » a en effet pour fonction de décrire le monde, de manière ordinairement neutre, qui nous entoure, pas de prescrire des comportements particuliers et des normes juridiques. En effet, la production de normes est, dans l'ordre juridique étatique français, un acte régalien ; la confier à la science conduit à ce que Alexandre Viala désigne comme un « sophisme épistocratique » : pour éviter d'assumer un choix normatif par nature politique, le gouvernement n'hésite pas à l'entourer de la caution de la science. Or, si l'expert est choisi et désigné par le gouvernant, c'est ce dernier qui prend une décision, parce qu'il est l'autorité. La science n'offre qu'une voie vers la vérité, l'autorité n'a que faire de la vérité, dans la mesure où d'autres considérations participent de sa décision, sous sa responsabilité politique (au moins), sauf à renoncer aux fondements de la démocratie.

La **codification**, enfin, signale encore un autre phénomène normatif, d'une ampleur beaucoup plus importante. Il s'agit généralement de présenter la loi en un document unique, facile d'accès. Cependant, la codification a changé de sens (V. B. Oppetit, *De la codification* : D. 1996, chron. p. 33. – R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, 2002). La codification napoléonienne était une *codification à droit nouveau* : il s'agissait de transformer le droit par des règles nouvelles, simplifiées, structurées et unifiées. La codification, en ce sens, provoque un bouleversement du droit antérieur. En même temps, ce bouleversement peut être mesuré. Ainsi, le Code civil, en 1804, constituait tout à la fois une nouveauté juridique et une

constante en ce qu'il reprenait certaines dispositions du droit coutumier ou romain antérieur. Il reste que le phénomène de codification à droit nouveau, parce qu'il abandonne le droit antérieur (et même s'il en conserve une partie), parce qu'il réalise un travail construit, entier, synthétique et réfléchi, provoque une réelle innovation. C'est surtout vrai pour le Code civil, partiellement révisé depuis 1960, ou le Code pénal, renouvelé en 1992. La codification s'est soldée par un échec pour le Code de commerce, finalement victime d'une *décodification* qu'une *recodification*, en 2000, a sauvée. La *codification à droit constant* ou « codification compilation » ou encore « codification administrative » est plus modeste dans son ambition de réforme, c'est l'œuvre de ces dernières années et des années à venir. Il s'agit moins de renouveler le droit que de rassembler, classer les lois existantes, avec leurs imperfections. Le résultat est donc nécessairement insatisfaisant au regard de l'idée première de codification (V. *supra*, n^{os} 74 et s.).

138. - Élaboration des lois. Les lois sont ordinairement discutées au parlement à partir d'un projet de loi présenté par le gouvernement ou d'une proposition de loi émanant des parlementaires eux-mêmes, souvent précédé d'un avis d'une autorité administrative indépendante de régulation, dans les domaines qui sont les leurs, mais également du Conseil d'État. Mais comme c'est le Conseil des ministres qui fixe l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, il a souvent tendance à privilégier les projets de lois, que le gouvernement rédige et contrôle, contre les propositions de lois, dont il ignore tout, même si la Constitution favorise l'examen, désormais, des propositions de lois. Le mouvement de « renforcement des droits du parlement » est parvenu en effet à réserver un temps pour l'examen des propositions de lois.

La loi est ensuite discutée en commission puis par l'Assemblée nationale qui vote, en première lecture, la loi. Celle-ci est ensuite discutée par le Sénat qui vote également la loi, en première lecture : si la loi votée par le Sénat est identique à celle votée par l'Assemblée, la loi est adoptée ; sinon, la loi retourne devant l'Assemblée, qui la discute à nouveau. Il peut y avoir, ainsi, deux navettes successives qui aboutiront, en tout état de cause, à la prééminence du vote de l'Assemblée nationale en troisième lecture. Notons qu'une loi peut commencer d'être discutée devant le Sénat. En outre, la procédure d'urgence demandée par le gouvernement permet un examen en deux lectures seulement puis, en cas de différence entre le Sénat et l'Assemblée nationale, en commission mixte paritaire (CMP) dont le résultat est ensuite soumis aux deux chambres.

Observer la piètre qualité des lois aujourd'hui est devenu un lieu commun, tant elles paraissent excessivement techniques, spéciales, confuses, menacées d'obsolescence rapide. Aussi, certains auteurs animent des débats légistiques, fondés sur l'art de faire les lois, à l'image des leçons de Montesquieu et Portalis (V. cités par Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n^o 516).

En outre, la « loi » n'est plus le résultat d'un débat véritablement parlementaire. Elles sont rédigées par le gouvernement, soumises à l'avis de divers experts, dont le Conseil d'État, mais encore à diverses autorités en fonction de leur objet, et, enfin soumises au parlement pour leur adoption.

Enfin, de nouvelles techniques d'élaboration des normes, par la négociation, en droit social par exemple où tout projet de loi doit préalablement être discuté avec les partenaires sociaux, mais également avec des forums de citoyens tirés au sort, comme dans le cadre de lois sur l'écologie par exemple, traduisant une faiblesse forte et une crise de la démocratie représentative, s'il faut passer par d'autres que les représentants constitutionnellement désignés pour discuter et légitimer les lois.

Une autre question repose sur l'idée de l'identification de « l'intention du législateur », souvent invoquée lorsque la jurisprudence propose des interprétations critiquées, précisément parce qu'elle s'en détournerait. Or, de même que l'identification « du » juge est en France difficile du fait de la confusion volontaire entre le juge et la

juridiction, et donc l'anonymat relatif du juge, de même, voire pire, en est-il « du » législateur. Qui est « le » législateur, dont l'intention pourrait être repérée ? « Le » législateur, c'est l'ensemble des institutions qui participent à l'élaboration des lois, et on ne voit guère comment identifier une intention établie : est-ce celle des rédacteurs du projet, dans un bureau d'un ministère, est-ce celle du rédacteur de l'avis de telle autorité administrative, ou du Conseil d'État (lui-même composé de sections et de sous-sections spécialisées et collégiales), est-ce le député ou le sénateur qui a voté pour tel amendement mais point tel autre, est-ce le Conseil constitutionnel (lui-même collégial) qui a rendu une décision validant la constitutionnalité de la loi ? L'« intention du législateur » est introuvable, multiple, diffuse : c'est en réalité un simple argument visant à proposer une interprétation, ou une autre, de la loi.

139. - Lois ordinaires. Dans la tradition constitutionnelle et républicaine, les lois ordinaires émanent du parlement. Il n'y a donc aucune difficulté pour les décrire. Cette tradition a été rompue par la Constitution de la V^e République qui, en son article 34, a limité les pouvoirs du parlement en matière législative en sorte que le domaine qui était celui des lois ordinaires n'est plus réservé aux seules lois formellement entendues.

Ainsi, l'article 34 de la Constitution fait une distinction : certaines lois sont de la compétence législative dans leur intégralité, comme les lois qui intéressent les droits civiques et les libertés publiques, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, la détermination et la sanction des crimes et des délits, la procédure pénale, l'existence des juridictions, le statut des magistrats. D'autres lois ne sont de la compétence législative que pour fixer les principes fondamentaux, comme le régime des droits réels, des obligations, du droit du travail, de la sécurité sociale... Les lois, en ce sens, sont les lois votées par le parlement, Assemblée nationale et Sénat. Ces lois sont de plus en souvent accompagnées de décrets d'application pour en faciliter l'application, comme leur nom l'indique.

Doivent être également considérées comme des lois ordinaires les *lois référendaires*, soumises au vote du peuple (par ex., la loi de ratification au traité de Maastricht), les *décisions du président de la République* prises en application de l'article 16 de la Constitution qui lui confère des pouvoirs exceptionnels en temps de crise. Le sont aussi les *ordonnances* prévues par l'article 38 de la Constitution rédigées par le gouvernement sous autorisation du parlement par une loi d'habilitation mais adoptées sans que le parlement les vote alors qu'elles relèvent ordinairement du domaine de la loi mais aussi les *règlements autonomes*.

La brièveté de ces propos et leur technicité masquent l'importance de la loi en droit français. Il convient au contraire de mesurer cette importance. Ainsi, l'article 34 de la Constitution limite en principe le domaine de compétence du parlement pour voter les lois et, donc, le domaine de compétence de la loi, au profit des règlements autonomes. Pourtant, la puissance de la loi est telle que le Conseil constitutionnel admet que le parlement puisse étendre, *de facto*, sa compétence au-delà de l'article 34, au détriment du domaine des règlements autonomes. Il convient en outre de mesurer le respect dû à la loi en raison de son autorité, de sa généralité et, de façon pragmatique, en raison des sanctions qu'elle promet même si l'on pourrait moquer aujourd'hui son style, sa tendance à l'emphase, l'inflation législative mainte fois dénoncée qui conduit infailliblement à son déclin (V. *infra*, G. Ripert ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n^{os} 515 et s., p. 183 et s.).

140. - Lois particulières : lois organiques, lois de programme, d'orientation, de finances. Peu nombreuses, les *lois organiques* sont très importantes car elles ont pour objet de fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics. Elles ont une autorité particulière car elles s'imposent aux lois ordinaires. Toutes les autres lois sont des lois ordinaires même si elles sont parfois qualifiées différemment par la Constitution ou par leurs auteurs en raison de leur spécificité.

Les **lois de programme** ont pour but de fixer l'action économique et sociale de l'État, comme les lois de programmation militaire.

Les **lois d'orientation**, non prévues par la Constitution, mais largement utilisées depuis, sont destinées à insuffler une nouvelle politique économique ou sociale comme la loi quinquennale pour l'emploi de 1993 ou comme les lois d'orientation agricole, la loi d'orientation pour le commerce et l'industrie de 1973, la loi d'orientation sur les transports intérieurs de 1982 (LOTI)... Elles se rapprochent de lois-cadres fixant des principes mais nécessitant d'autres lois ou décrets pour être mises en œuvre.

Les **lois de finances**, votées chaque année, établissent le budget de l'État de l'année suivante, souvent complétées par une *loi de finances rectificative*, en fin d'année. La tendance est à l'accroissement de ces lois, souvent dénoncées comme des lois « fourre-tout » (lois portant *diverses dispositions d'ordre économique et/ou social et/ou fiscal* que l'on nomme souvent par leurs initiales (DDOES, DDOF, DDOESF, MURCEF) dans lesquelles on trouve de tout sur tout : ce sont des auberges espagnoles, on y déniche ce qu'on y apporte...

141. - Règlements administratifs. La Constitution de 1958 attribue au président de la République et au Premier ministre un large pouvoir réglementaire dont l'exercice s'effectue par voie de décrets. Certains sont *individuels* (nomination ou promotion d'un fonctionnaire), d'autres sont *réglementaires* lorsqu'ils formulent des dispositions générales, des règles de droit. La procédure varie selon les hypothèses, certains doivent être précédés d'un avis du Conseil d'État, essentiel ou accessoire selon qu'il s'agit d'un décret avec avis conforme ou avis simple du Conseil d'État. En fait, on peut distinguer les règlements selon leur objet ou selon leur autorité (décret du président de la République ou du Premier ministre, décret ou arrêté interministériel, ministériel, préfectoral, municipal).

Les règlements sont surtout envisagés comme concurrents de la loi. Ainsi, l'article 37 de la Constitution prévoit un large champ de compétence du seul gouvernement en matière réglementaire. Les règlements sont soit pris *pour l'exécution des lois*, soit *autonomes*. Pris pour l'exécution des lois, les règlements appliquent les lois telles qu'elles ont été votées par le parlement. L'article 34 de la Constitution affirme, en effet, que certaines lois sont votées par le parlement, pour fixer les *principes généraux*. Pour le reste, pour ce qui concerne les détails d'exécution de la loi, compétence est reconnue au gouvernement qui prend des *décrets d'application*. Le gouvernement dispose, en outre, d'une compétence propre, attribuée par l'article 37 de la Constitution, pour prendre des *règlements autonomes*, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une loi préalable, dans certains domaines précis : tous ceux qui échappent au domaine affecté à la loi par l'article 34 de la Constitution.

À bien des égards, les **ordonnances** de l'article 38 de la Constitution sont à mi-chemin entre les lois et les règlements autonomes, à ceci près, cependant, que ces derniers échappent totalement au contrôle du parlement. Autrefois, la pratique des *décrets-lois* ressemblait à ce détournement de l'Assemblée. Autorisés par une loi habilitant le gouvernement à prendre ces décrets, ils étaient néanmoins soumis à l'autorité de la loi. Les ordonnances sont rédigées par le gouvernement sur la base d'une loi d'habilitation, qui donne au gouvernement un délai pour les rédiger. Elles sont ensuite promulguées par le président de la République et elles doivent ensuite être validées par un nouveau vote du parlement.

Les ordonnances constituent l'un des moyens de la V^e République pour rendre efficace le gouvernement, notamment en temps de crise. Les grands moments de promulgation d'ordonnances en France furent 1945 avec l'arrivée du général de Gaulle ; 1958, avec son retour ; 1981, avec les ordonnances sociales après l'élection de F. Mitterrand ; 2017, après l'élection de E. Macron et 2020, la plus grande série d'ordonnances de la V^e République, à l'occasion de l'état d'urgence sanitaire organisé au moment de l'épidémie de Covid-19.

§ 2. - LES AUTRES SOURCES LÉGALES

142. - Présentation. Comparées à la loi, ces autres sources écrites manifestent l'idée d'une hiérarchie très affirmée des sources. Certaines, en effet, sont « supérieures » à la loi (A), d'autres lui sont « inférieures » (B), pour emprunter le discours de la pyramide des normes.

A - Les sources « supérieures » à la loi

143. - D'abord la Constitution ? Elles sont de trois ordres : il s'agit de la Constitution (1°), des traités internationaux (2°) et du droit européen (3°).

1 - La Constitution

144. - Intemporalité de l'idée constitutionnelle et constitutionnalisation du droit. Les constitutions des cités grecques, les chartes anglaises, les lois fondamentales du royaume de France, les chartes et franchise des villes de France, la Constitution américaine de 1776 montrent que l'idée d'une norme supérieure destinée à régir, au sommet de la hiérarchie des normes, les institutions d'une société est devenue une composante politique essentielle d'une organisation étatique moderne. Elle s'est affirmée en France à travers la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui affirme l'exigence d'une Constitution, et la première Constitution, celle du 3 septembre 1791.

La Constitution française du 4 octobre 1958, fondatrice de la V^e République, est le quinzième acte constitutionnel fondateur français. Elle organise les règles essentielles relatives à la vie institutionnelle de notre pays : les règles relatives à la souveraineté, à la République, au président de la République, au gouvernement, au parlement, mais aussi à la répartition des compétences entre parlement et gouvernement dans l'élaboration des lois. Le tout forme le droit constitutionnel. La Constitution se présente comme la clé de voûte de l'État juridique, sous la forme d'un ensemble de règles qui établissent la répartition ordonnée des pouvoirs et des compétences, notamment pour l'élaboration de la loi. Souvent présentée comme la « norme suprême », elle se présente comme une norme stable, difficile à modifier (décision du président de la République, réunion en Congrès et majorité des 3/5^e ou vote par référendum).

L'originalité de la Constitution repose également sur le fait qu'elle contient un ensemble de droits et libertés fondamentaux, identifiés à partir de la révélation du bloc de constitutionnalité.

En découle une logique dite de « constitutionnalisation du droit », indéniable. Si pendant longtemps, le pouvoir législatif a été considéré comme absolu, par le mythe de la Représentation nationale et le pouvoir d'élaboration de la norme législative, la multiplication des droits et libertés fondamentaux, par le jeu de l'interprétation de la Constitution, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 qui a instauré le bloc de constitutionnalité, modifie la distribution des pouvoirs. En effet, ces droits et libertés fondamentaux se multiplient et irriguent de manière massive les règles de droit, et pas seulement en tant qu'elles contraignent l'action du législateur, et ce à peu près dans toutes les branches du droit.

145. - Contrôle de constitutionnalité. La Constitution de la V^e République présente la particularité d'être dotée d'un organe de contrôle de la conformité des lois à la Constitution : le *Conseil constitutionnel* dont les pouvoirs ont été accrus en 1974, lorsque la saisine du Conseil a été ouverte à la demande de soixante députés ou soixante sénateurs, où elle était réservée au Premier ministre et aux présidents des deux chambres. Aux termes de l'article 61 de la Constitution, en effet, une loi, votée, peut être déférée devant le Conseil constitutionnel afin de vérifier sa conformité à la Constitution. On parle, ainsi, du *contrôle de la constitutionnalité* d'une loi.

Longtemps, le rôle du Conseil constitutionnel se bornait à une vérification formelle du respect des articles 34 et 37 de la Constitution, jusqu'à l'extension du champ de son contrôle, en 1971.

Les décisions du Conseil constitutionnel sont très importantes : de son aval dépend la possible entrée en vigueur de la loi. D'ailleurs ses décisions sont insusceptibles d'appel. Aujourd'hui, l'action du Conseil constitutionnel est essentielle dans l'élaboration des lois au point que le gouvernement demande parfois au Conseil d'État son avis préalable sur la constitutionnalité d'un projet de loi avant même de le présenter au parlement. La méthode du contrôle de constitutionnalité est celle d'un contrôle abstrait de la validité de la norme qui lui est soumise au regard du contenu de la norme de référence, la norme constitutionnelle.

Toutes les lois ne sont cependant pas susceptibles de faire l'objet d'un tel contrôle. Les décisions prises par le président de la République en vertu de l'article 16 y échappent, dès lors qu'elles s'inscrivent dans le domaine fixé par l'article 34 de la Constitution. De même, les lois référendaires ne sont pas soumises au Conseil constitutionnel. La raison en est simple : elles constituent « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Ces restrictions sont, cependant, assez maigres. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a largement élargi ses attributions. Ainsi, lorsqu'une loi n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil ou bien si elle a été promulguée avant l'entrée en vigueur de la V^e République, elle est applicable même si elle est anticonstitutionnelle. Elle est anticonstitutionnelle mais virtuellement. Pourtant, le Conseil constitutionnel a admis qu'il pouvait contrôler la constitutionnalité d'une telle loi à l'occasion d'une modification de la loi par une loi nouvelle qui, elle, lui serait déférée (V. Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, in *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 37, obs. L. Favoreu et L. Philip. – Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme* : *RFD const.* 1996, p. 806, note Th. Renoux. – Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* : *JCP G* 1999, I, 151, n° 5, obs. J.-H. Robert ; *AJDA* 1999, p. 324, obs. J.-E. Schoettl ; *RTD civ.* 1999, p. 725, note N. Molfessis, à propos d'une loi pourtant entrée en vigueur quatorze ans avant la décision du Conseil constitutionnel).

Le Conseil constitutionnel a, en outre, élargi sa propre compétence. Il a ajouté, en un « bloc de constitutionnalité », la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le préambule de la Constitution de la IV^e République de 1946 qui, lui-même, renvoie aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, aux contenus radicalement différents : essentiellement libéral pour le premier (la propriété et la liberté posées en principe : liberté d'opinion, d'association, d'entreprendre...), essentiellement social pour le second (droit de grève, droit au travail, à la représentation syndicale...) (V. Cons. const., 16 juill. 1971, *Liberté d'association* : *JCP G* 1971, II, 16823. – Cons. const., 16 janv. 1982, *Nationalisations* : *D.* 1983, p. 169 ; *JCP G* 1982, II, 19788). Considérer ces textes comme ayant valeur constitutionnelle, c'était, du même coup, ériger leur contenu en règles de valeur constitutionnelle : le droit de grève, le droit syndical mais aussi (et de façon contradictoire ?) la liberté d'entreprendre, la propriété (justifiant le contrôle des nationalisations en 1982 puis des privatisations en 1986 par le Conseil constitutionnel)... ainsi que ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, actuellement au nombre de neuf comme par exemple la liberté d'association, l'indépendance des professeurs des universités, les droits de la défense... (V. B. Mathieu et M. Verpeaux, *La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge* : *D.* 1997, chron. p. 219).

146. - Exception d'inconstitutionnalité et « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC). Le Conseil constitutionnel dispose du monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois. Une personne qui se heurterait à une loi qu'il estimerait

anticonstitutionnelle ne pourrait opposer à son contradicteur l'inconstitutionnalité de la loi. Le juge, saisi de l'interprétation d'une loi, ne saurait en principe effectuer un contrôle de sa constitutionnalité. Il ne pourrait pas plus poser une question pré-judicielle au Conseil constitutionnel, à l'instar de ce qui se pratique en droit communautaire. Cette question est fondamentale en pratique. À l'heure où la plupart des lois votées font l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel et que celui-ci joue de plus en plus le rôle d'un gardien des droits de l'homme et des minorités contre les excès de la majorité parlementaire, en une sorte de Cour suprême à l'américaine, comment traiter une loi qui aurait été promulguée sans faire l'objet d'une telle saisine, qui aurait ainsi revêtu force obligatoire, malgré une contrariété à une règle constitutionnelle ? En vérité, le juge civil peut procéder à un contrôle indirect de la constitutionnalité des lois, non en l'écartant ou en l'annulant mais en l'ignorant, en appliquant directement une norme supérieure, constitutionnelle ou internationale, au litige qui lui est soumis. Cela restait cependant très théorique et faisait du droit constitutionnel un droit lointain, d'une utilité toute relative, alors même que le juge ordinaire pouvait contrôler la validité de la loi au regard d'autres normes supérieures, comme les règles du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, par le jeu d'une *exception d'inconstitutionnalité*. Le succès de ces procédures pouvait même faire douter la supériorité réelle des règles constitutionnelles sur les normes juridiques substantielles.

La réforme de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié l'article 61-1 de la Constitution en permettant la saisine du Conseil constitutionnel lorsqu'une disposition législative est considérée comme portant atteinte aux droits et libertés constitutionnels, après renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le résultat d'un tel contrôle, outre le rejet de la saisine, est l'abrogation de la disposition à compter de la décision du Conseil constitutionnel ou à une date qu'il fixe.

Une loi organique du 10 décembre 2009, accompagnée d'un décret du 16 février 2010, a ensuite précisé les conditions de mise en œuvre de la désormais consacrée « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC). Il en ressort que l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi est particulièrement filtrée, par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État en premier lieu, puis par le Conseil constitutionnel. Les tracasseries judiciaires ne manquent donc pas, par principe puisqu'il en résulte que le juge du fond ne peut pas se prononcer sur la QPC, mais que cette question doit faire l'objet d'un mémoire spécial adressé à la chambre saisie du pourvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, laquelle examine la recevabilité du recours puis le transmet au Conseil constitutionnel.

La loi de 2009 a aussi inséré un article 23-3 dans l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le fonctionnement du Conseil constitutionnel qui dispose que lorsqu'une QPC invoque des arguments de non-conformité relevant du droit constitutionnel et des droits européens, le renvoi constitutionnel est prioritaire.

Le problème soulevé est essentiel. D'une part, se pose en effet la question de la divergence d'appréciation de la conformité d'une norme selon le référent utilisé, la Constitution *via* la QPC, les règles communautaires que le juge national peut traiter lui-même. D'autre part, la méthode constitutionnelle, abstraite, du contrôle de constitutionnalité, est particulièrement ambiguë. La méthode constitutionnelle consiste à considérer qu'une norme *législative* contrôlée, c'est-à-dire une norme qualifiée comme telle par une norme supérieure, la Constitution, doit correspondre au contenu de la norme de référence. Pour cela, il suffit d'utiliser le référent constitutionnel. Or celui-ci est constitué du contenu de la Constitution, sans doute, mais surtout du bloc de constitutionnalité et donc de la jurisprudence constitutionnelle, etc.

Il en résulte donc que le contrôle de constitutionnalité met en scène une norme qualifiée comme telle (la norme contrôlée), par une norme qualifiante (la norme de

référence). Le référé constitutionnel est ainsi un ensemble complexe, en perpétuelle évolution, qu'on peut considérer comme la « norme constitutionnelle interprétée » : ce ne sont pas quelques principes figés, mais bien des arguments, des raisonnements complexes qui déterminent ce référé.

De l'autre côté, la norme contrôlée, c'est la loi, la loi toute nue, non interprétée, la « disposition législative ». C'est assez singulier si l'on veut bien admettre que n'importe quelle disposition législative, sauf peut-être quelques normes très techniques et très spéciales, ne se réduit certainement pas à son expression légiférée, mais à la façon dans laquelle elle s'intègre dans un ensemble plus vaste, à la façon dont il est appliqué, compris, enseigné, interprété, etc., par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Il reste là, dans ce particularisme, une forme de hiatus entre la technique d'interprétation judiciaire traditionnelle, concrète, c'est-à-dire tenant compte du cas de son environnement, et la technique constitutionnelle, qui n'envisage qu'un contrôle abstrait de la disposition législative appréciée.

L'effet du contrôle de constitutionnalité est de procéder à la validation ou à l'invalidation de la norme contrôlée, après l'opération de contrôle, rapidement effectuée (un mois pour un contrôle *a priori*, trois mois pour un contrôle *a posteriori*). Cette alternative est donc en principe stricte. Si la norme est validée, elle peut alors être promulguée, éventuellement sans les mesures censurées. S'agissant du contrôle *a posteriori*, via une QPC, un contrôle aboutissant à l'invalidation de la loi est équivalent à l'abrogation de la norme. Toutefois, en pratique, le Conseil propose parfois des *réserves d'interprétation* qui permettent de valider la norme, pour autant qu'elle soit interprétée dans le sens conforme à la Constitution déterminé par le Conseil.

147. - Application juridictionnelle. Les règles du droit constitutionnel et, notamment, les termes mêmes de la Constitution, comprenant le contenu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou du préambule de la Constitution de 1946, ne sont en effet pas réservés au Conseil constitutionnel. Bien au contraire, on assiste aujourd'hui à une large utilisation de ces règles, par exemple pour contrôler les conditions du droit de grève ou celles des garanties d'une garde à vue (cf. Bibl. *infra*).

L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel n'est en revanche pas assurée. L'absence d'exception d'inconstitutionnalité permet que des lois inconstitutionnelles demeurent, de même que l'absence de liens processuels entre les juridictions administratives et judiciaires et le Conseil constitutionnel isole les décisions rendues et les principes dégagés par ce dernier. On observe pourtant que le Conseil d'État ou la Cour de cassation rendent des décisions en s'appuyant sur les principes dégagés par le Conseil constitutionnel démontrant la forte autorité, au moins morale, de ces décisions.

2 - Les traités et accords internationaux

148. - Au-dessous de la Constitution, au-dessus de la loi ? Pour être applicable en France, un traité international doit être *signé* par les autorités françaises mais aussi *ratifié* par le parlement.

La France a ratifié une quantité impressionnante de traités internationaux parmi lesquels bon nombre intéressent les conflits de droit international public (Charte des Nations unies, OCDE, UEO...). D'autres intéressent des questions de droit international privé, de droit civil, de droit des affaires comme les conventions fiscales internationales qui tendent à éviter des doubles impositions (V. *infra*, n° 298).

Une place est reconnue, dans la hiérarchie des normes, aux traités internationaux, mais en dessous de la Constitution. Ainsi, les traités internationaux doivent être conformes à la Constitution en vertu des articles 52 et suivants de la Constitution de 1958. Inversement, les traités, quoique inférieurs à la Constitution, sont supérieurs aux lois (Const. 4 oct. 1958, art. 55) sous condition de réciprocité, encore que le Conseil constitutionnel refuse d'assurer ce contrôle (Cons. const., 15 janv.

1975 : D. 1975, p. 529, note L. Masson). Lorsqu'une loi antérieure contrevient à un traité, la loi est abrogée, de façon expresse ou tacite, ou est inapplicable en vertu du principe selon lequel la norme postérieure prime la loi ancienne, *a fortiori* lorsque la norme nouvelle lui est supérieure. Inversement, lorsqu'une loi interne postérieure à un traité contrevient à ce dernier, la solution est plus difficile. Puisque le Conseil constitutionnel refuse ce contrôle, la question se pose de savoir si un juge peut se prononcer sur la validité d'une loi alors qu'il en est en principe le serviteur. Cette question fut essentiellement envisagée à propos de la contradiction entre une loi interne et une norme communautaire : en refusant expressément d'assurer le contrôle de conventionnalité d'une loi avec une norme internationale, le Conseil constitutionnel déléguait implicitement cette fonction au juge judiciaire.

3 - Le droit européen des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne

149. - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH) a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974 ; s'y ajoutent huit protocoles additionnels. Son intérêt résulte de son domaine, par la protection des droits politiques, religieux, civils et sociaux des citoyens qu'elle organise contre l'État, et de la procédure particulière qu'elle met en place devant la Cour européenne des droits de l'homme qui peut être saisie par tout ressortissant, personne physique ou morale, d'un État membre. Il est aujourd'hui de plus en plus fréquent de voir les plaideurs invoquer les dispositions de la Cour européenne des droits de l'homme, soit devant leurs propres juridictions, soit devant la Cour européenne de Strasbourg. En effet, bien que les arrêts de la Cour n'aient aucune valeur obligatoire dans l'ordre interne en sorte que les décisions de la Cour n'imposent pas à l'État qui les subit de réformer son droit mais l'incitent à harmoniser son droit avec ces décisions, les juridictions françaises peuvent admettre l'existence d'un droit fondé sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en vertu d'un principe d'intégration de la convention dans l'ordre interne : ces règles européennes sont donc des règles de droit français.

L'idée d'une « sanctuarisation » des droits de l'homme et de la « positivation » de ces droits, quoi qu'ancienne, ne va pas de soi. Ancienne et multiple, la démarche se fonde sur les déclarations américaines puis sur la Déclaration française de 1789 et les suivantes, et enfin sur celle de 1948, mais également le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966, la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989, etc. Parmi ces droits fondamentaux figurent les droits de la personne physique, le droit à la vie, justifiant l'abolition de la peine de mort (Conv. EDH, art. 2.1), mais sans remettre en cause l'avortement thérapeutique, le droit à la liberté et à la sûreté (Conv. EDH, art. 5 et Prot. n° 4). De même sont protégés la vie privée, justifiant les droits des homosexuels et la vie familiale (Conv. EDH, art. 8), le droit au respect des biens (Prot. n° 1, art. 1), le droit à un procès équitable (Conv. EDH, art. 6), le plus souvent invoqué, imposant le droit à l'accès à la justice, une procédure contradictoire, l'impartialité des juges, un jugement public et dans un délai raisonnable, et sont organisés les moyens de lutter contre les discriminations de toutes sortes (Conv. EDH, art. 14). La Convention européenne des droits de l'homme identifie une série de droits *considérés comme absolus*, mais cet absolutisme est susceptible de degrés. Ainsi, certains droits sont intangibles comme l'interdiction de la peine de mort ou de la torture. D'autres peuvent supporter des exceptions à condition que l'atteinte soit prévue par la loi, qu'elle cherche à assumer un but légitime et enfin qu'elle soit nécessaire, c'est-à-dire que son appréciation satisfasse un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte, les moyens de l'atteinte et les buts poursuivis, l'ensemble étant apprécié avec plus ou moins de vigueur selon la « marge

d'appréciation nationale » laissée aux États. Cette marge d'appréciation dépend du degré de convergence des États : plus les législations sont voisines et moins grande est la marge d'appréciation.

Les effets de la Convention européenne des droits de l'homme justifient son importance, comparée à d'autres conventions internationales, comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. En effet, la Convention présente un effet contraignant : elle dispose d'un *effet direct* et crée des obligations à la charge des États à l'égard de leurs citoyens. Ce faisant, le *juge naturel* de la Convention européenne des droits de l'homme est le juge national ordinaire. La Cour n'intervient donc que comme organe d'interprétation, de caractère subsidiaire. Cela signifie que si la Convention européenne des droits de l'homme est bien un ensemble de droits concrets et effectifs, leur application dépend des juges nationaux en premier lieu. La Cour européenne des droits de l'homme ne peut être saisie que lorsque toutes les voies de recours internes sont épuisées.

L'importance de la Convention européenne des droits de l'homme est aujourd'hui considérable : de très nombreuses décisions internes tiennent compte de ses dispositions, notamment de l'article 6 et le droit à un procès équitable, ou l'article 8 et le droit à la vie privée et l'influence de la Convention se ressent avec de nombreuses modifications du droit interne, comme la question du droit à un avocat lors d'une garde à vue, la publicité des débats des juridictions d'exception, l'état civil et le transsexualisme, les droits successoraux des enfants adultérins, etc.

150. - Droit de l'Union européenne. Le droit ex-communautaire et aujourd'hui désigné comme droit de l'Union européenne est né du traité de Rome instituant la Communauté européenne en 1957 (complété par le traité de Maastricht qui a fondé l'Union européenne) qui se compose de nombreuses institutions et développe un corps de règles très important. Le but du traité de Rome, du droit de l'Union européenne aujourd'hui, est de parvenir à réaliser un marché intérieur entre les membres de la Communauté impliquant la suppression de toutes les barrières faisant obstacle à la libre circulation des personnes, des biens et des capitaux ainsi que l'harmonisation du contenu des droits de chaque État membre.

Toutes les institutions, Conseil européen, Commission européenne, Parlement européen et Cour de justice européenne ont leur propre champ de compétence qui en font des sources différentes de droit. On distingue, ainsi, les règles du droit communautaire originaire et celles du droit communautaire dérivé, lesquelles font l'objet d'une intégration en droit français.

151. - Droit originaire et dérivé. Les règles du droit originaire sont constituées par les divers traités, accords et conventions qui ont institué les Communautés européennes, le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), le traité EURATOM, le traité des Communautés économiques européennes (CEE) ou, depuis, l'acte unique européen (1986) le traité de Maastricht (1992) qui a modifié le traité CEE, suivi du traité d'Amsterdam (1997) et du traité de Nice (2001) instituant notamment la Charte des droits de l'homme de l'Union européenne et enfin du traité de Lisbonne (2009) qui substitue l'Union européenne à la Communauté européenne. Ils disposent de la même autorité de principe que les autres traités. Il convient d'ajouter les traités d'adhésion, qui concernent les vingt-deux pays qui, depuis les six fondateurs, ont rejoint l'Union européenne. Particulièrement techniques, les règles du droit originaire de l'Union européenne sont inscrites dans le Traité instituant l'Union européenne (TUE) qui contient les dispositions communes, les principes démocratiques, et les règles relatives aux institutions, et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui contient les règles de fonctionnement et relatives à l'exercice des compétences de l'Union européenne. Après ou malgré l'échec, en 2005, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la question se pose de savoir si les règles du droit de l'Union européenne, et ce

malgré leur complexité, ne disposent pas d'un statut particulier, celui de constitution ou de quasi-constitution. Contre cette idée, il apparaît que les règles du droit de l'Union européenne sont l'émanation des règles des États membres qui disposent de la prééminence normative ; manque donc la première place de la hiérarchie des normes pour que ces règles soient de nature constitutionnelle. Les traités relatifs à l'Union européenne sont donc, au mieux, au-dessus de l'ensemble des règles européennes. En faveur de celle-ci, en revanche, s'établit l'observation que les règles du droit de l'Union européenne jouent le rôle d'une constitution, par le fait que des objectifs généraux sont posés par exemple dont des garanties des droits des citoyens de l'Union, que la Cour de justice de l'Union européenne joue parfois le rôle d'un conseil constitutionnel par l'édition de « principes généraux du droit communautaire » issus des principes généraux ou des règles constitutionnelles des États membres ou de la Convention européenne des droits de l'homme, ou encore l'adoption de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Les règles du droit dérivé sont constituées des actes émanant des différentes institutions européennes, conseil, commission, ou des juridictions européennes, Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE, Cour de justice des Communautés européennes) et Tribunal de première instance de l'Union européenne (ex-TPICE, Tribunal de première instance des Communautés européennes). L'éventail des normes dérivées est particulièrement large : règlement, directive, décision, recommandation, avis, et ils n'ont pas la même force. Ils participent à l'élaboration du droit communautaire et, ce, de façon pléthorique : près de 27 000 règlements ou directives (V. Bibl. *infra* et B. Oppetit, *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême* : D. 1990, p. 72).

Le **règlement européen** ressemble assez largement aux lois internes, à la différence qu'il émane d'une autorité supérieure à la loi et échappe au parlement français (encore que le traité de Maastricht fait appel à la notion de *subsidiarité* qui impose de donner la priorité aux parlements des États membres pour tout ce qui peut être réglé de cette façon : les règles européennes doivent se contenter d'harmoniser les droits des États membres), il est obligatoire pour tous, États membres et ressortissants et il s'impose directement sans avoir à être reçu formellement par les autorités des États membres. Dans la Constitution européenne, les règlements deviennent des « lois ».

La **directive européenne** s'adresse aux États membres seulement ; elle fixe aux États des résultats législatifs à atteindre, souvent en termes de choix. Elle est donc obligatoire pour les États, mais pas pour leurs ressortissants, sauf certaines exceptions.

Les **décisions**, enfin, par exemple les décisions de la Cour de justice, ne sont obligatoires que pour leurs destinataires, qu'elles désignent, États ou personnes : elles créent, cependant, une *jurisprudence* de la Cour de justice qui accroît leur autorité. Elles deviendront des « lois-cadres ».

152. - Intégration du droit communautaire dans le droit interne. Contrairement aux traités classiques, le droit communautaire présente cette particularité de s'assigner comme but d'unifier les législations internes. C'est la raison pour laquelle des transferts de compétence sont organisés et que les autorités communautaires peuvent édicter des règles obligatoires.

Le **principe de primauté du droit communautaire** sur le droit interne signifie que les règles du droit communautaire concernées l'emportent sur toute règle interne. La Cour de justice l'admit très tôt dans un célèbre arrêt *Costa c/ Enel* de 1964. Si le traité international, dont le traité de Rome, est supérieur à la loi, il est logique que les instances compétentes, Cour de justice des Communautés européennes et juridictions internes, puissent contrôler la conformité de la loi à ce traité.

La question ne pose guère de difficulté pour la loi antérieure au traité de Rome (ou un autre traité international) en vertu du principe selon lequel la règle nouvelle, fût-elle internationale, abroge la règle ancienne. Elle se pose en revanche pour les

lois postérieures au traité qui lui seraient contraires car admettre un possible contrôle d'une telle loi par le juge reviendrait à lui reconnaître un contrôle de la conformité de la loi que le droit constitutionnel lui refuse pour leur constitutionnalité. Le juge communautaire reconnaît depuis un arrêt *Simmenthal* que le juge national, quel qu'il soit, est apte à assurer ce contrôle de conformité de la loi nationale avec une norme supérieure (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*: *Rec. CJCE* 1978, I, p. 629, concl. G. Reischl). Il en résulte que le juge français (n'importe quel juge compétent, ce qui est un pouvoir colossal, quasi constitutionnel) aurait l'obligation d'écarter la règle française postérieure pour appliquer la règle européenne. On parle à cet égard de **contrôle de conventionnalité** de la loi par le juge. Cette solution, prise d'un point de vue constitutionnel, est ambiguë car elle signifie que les particuliers peuvent invoquer une *exception d'inconventionnalité* pour permettre au juge d'écarter une loi interne qui serait contraire à une règle communautaire alors qu'il ne dispose pas de la même faveur, par une *exception d'inconstitutionnalité* pour faire échec à une loi contraire à la Constitution. C'est cependant en ce sens que le droit communautaire est un ordre juridique *supranational* – il s'impose aux ordres juridiques internes – et *transnational* – il s'y impose directement. Il l'est d'ailleurs d'autant plus depuis les traités de Maastricht et d'Amsterdam qui envisagent des transferts de souveraineté : l'euro, la politique d'immigration et d'asile notamment. Il fallut attendre longtemps pour que les juridictions françaises l'admettent, sans doute en raison de l'habitude française de refuser aux juridictions le pouvoir de contrôler la conformité d'une loi à la Constitution, selon une doctrine dite *Matter*, du nom d'un grand procureur général près la Cour de cassation (Cass. civ., 22 déc. 1931 : *D.* 1931, 1, p. 131, concl. Matter). La Cour de cassation finit par l'admettre dans un arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975 (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *D.* 1975, p. 487, note Touffait ; *JCP G* 1975, II, 18180 *bis*) et réitère parfois cette audace pionnière comme à l'occasion d'un arrêt du 13 octobre 1993 qui a définitivement reconnu le principe de primauté du droit communautaire (Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993 : *Contrats, conc. consom.* 1993, n° 220). En droit public, le Conseil d'État demeurerait cependant fidèle à la doctrine *Matter* jusqu'en 1989 (CE, 20 oct. 1989, *Nicolo* : *D.* 1990, p. 135, note Sabourin). Le Conseil constitutionnel, en revanche, n'admet toujours pas pareille entrave à ses pouvoirs, depuis une décision *IVG* du 15 janvier 1975 (*V. infra*, n° 257).

La règle de l'**effet direct du droit communautaire** signifie qu'une – certaines – règle(s) du droit communautaire s'impose(nt) directement en droit interne. Si une loi interne est soumise au contenu du traité de Rome et du droit dérivé, la question se pose de savoir comment, matériellement, ce contrôle pourra s'effectuer. Un juge peut contrôler la conformité d'une loi au droit communautaire, mais c'est donc qu'un plaideur peut invoquer une règle communautaire contre son adversaire. C'est la question de l'*effet direct du droit communautaire*. Les règles des traités présentent cet effet direct lorsque deux conditions sont réunies, à savoir dès lors qu'elles sont *claires* (qu'il n'y ait pas d'option possible par exemple) et *inconditionnelles* (qu'elles ne soient pas soumises à une condition ou un délai), c'est-à-dire que leur application ne rencontre aucun obstacle. La règle s'applique également pour les règlements européens. En revanche, les directives qui ne seraient pas transposées à la date prévue pour qu'elles le soient (pour satisfaire la condition d'inconditionnalité) sont soumises à un double régime. On reconnaît leur *effet direct vertical* : un plaideur peut invoquer la règle contenue dans une directive non encore transposée contre l'État : après tout, l'État aurait dû la transposer, il répond de sa faute. En revanche, tout *effet direct horizontal*, qui assurerait à un particulier la faculté d'invoquer le contenu d'une directive non transposée contre un autre particulier est refusé (*V. D. Mainguy, Les directives non transposées : libres propos sur une étrange lumière : Mél. Ch. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 89).

B - Les sources « inférieures » à la loi

153. - « **Doctrine** » administrative. On assiste depuis quelque temps, dans certains domaines techniques comme le droit financier, le droit fiscal ou encore le droit de la concurrence, à la rédaction de rapports, circulaires, notes de service, simples lettres parfois, qui jouent souvent un grand rôle dans certains domaines très techniques du droit économique dans lesquels le rôle de l'État est important, voire décisif, comme le droit de la concurrence, le droit fiscal...

Il ne s'agit pas à proprement parler de règles de droit ni même de doctrine au sens où on entend ce terme (V. *infra*, n° 260) mais l'habitude a été prise, dans le domaine de la fiscalité notamment, de parler de doctrine fiscale, administrative plus largement, peut-être d'ailleurs en raison de la faiblesse de la doctrine traditionnelle dans ces domaines. Elles ont pour but de guider les fonctionnaires dans leur interprétation de la loi. Parfois, cependant, et notamment en matière fiscale ou de concurrence et des fraudes, les circulaires constituent la base permettant aux agents administratifs de poursuivre ou non. Les usagers ont alors tout intérêt à connaître ces documents qui ne sont pourtant pas toujours révélés au public sauf en ce qui concerne les *réponses ministérielles* et de certains documents administratifs mais aussi les circulaires qui doivent être publiées. L'autorité de ces textes n'est d'ailleurs pas nulle puisque le Conseil d'État distingue les circulaires interprétatives, sans valeur juridique, des circulaires réglementaires, considérées comme des règlements. Au contraire, le juge judiciaire n'accorde aucune valeur réglementaire aux circulaires, quelles qu'elles soient.

154. - **Soft law, sources quasi réglementaires, sous-réglementation et réglementation de droit privé.** Nous avons pu observer que les notions hiérarchiques, de supériorité ou d'infériorité, sont approximatives, par exemple s'agissant des règlements administratifs. Ceux-ci sont, le plus souvent, inféodés à la loi en ce sens qu'ils procèdent de la loi lorsqu'ils prennent la forme de décrets d'application. Cependant, cette vision classique est largement dépassée : les règlements autonomes sont, comme leur qualificatif l'indique, indépendants de la loi. De même surgit une multitude de textes « quasi réglementaires » qui ont toutes les apparences du règlement, comme les circulaires, contrats types, normes variées, communications indéfinies, avis protéiformes (V. Th. Revet [ss dir.], *L'inflation des avis en droit*, *Economica*, 1998), le tout en droit interne, communautaire ou international.

En droit européen, notamment, la présentation classique des sources du droit de l'Union européenne en règles issues des traités, règlements, directives et décision est particulièrement trompeuse, si on ajoute une somme de « documents » que sont les « livres blancs », « livres verts », « communications », « recommandations », « lignes directrices », etc. à la vigueur normative peu active mais d'une efficacité redoutable, dans la mesure où il précise soit ce que sera demain le droit de l'Union européenne, soit la façon de le comprendre et de l'appliquer.

Il existe pourtant à côté de la loi toute une série de normes que l'on peut rattacher aux sources écrites du droit, et classer comme inférieures à la loi. Tel est le cas des « réglementations » proposées, par délégation de la loi, par de nombreuses « Autorités administratives indépendantes » (AAI), entre autres avis d'experts (V. *supra*, n° 137). Celles-ci prolifèrent aujourd'hui : Autorité des marchés financiers (AMF) et autrefois Commission des opérations de bourse (COB), Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Conseil des bourses de valeurs (CBV), Autorité de la concurrence (ADLC), Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Comité consultatif national d'éthique (comité d'éthique). Très souvent, elles délivrent des avis, des arrêtés, des règlements qui de plus en plus tendent à accéder au statut de source, quoique inféodée à la loi. Tel est encore le cas des ordres professionnels (de médecins, d'avocats...). Se crée ainsi une réglementation parallèle, qui n'émane de l'État que de façon indirecte, par délégation, ou de façon détournée lorsque l'autorité qui l'émet n'en a pas le pouvoir.

Quelques observations peuvent être réservées à des **réglementations de droit privé** (V. Ph. Neau Leduc, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998), tels les règlements intérieurs d'entreprise, de copropriété mais aussi à une variété de sources du droit issue de la pratique, telles que les *conventions collectives* et des *accords d'entreprise*. Il s'agit, au départ de contrats conclus entre un employeur ou un syndicat d'employeurs (MDEF, ex-CNPF) et un ou des syndicats d'employés.

Le contrat, nommé convention collective ou accord collectif, est obligatoire pour ses signataires et pour les membres des organisations syndicales signataires, ce qui s'explique par la théorie du mandat, mais aussi pour tous les autres salariés membres de syndicats non signataires ou non syndiqués, de l'entreprise : en ce sens la convention collective présente un double visage, conventionnel (c'est un contrat) et normatif (c'est un règlement). Que l'on songe que des conventions interbranches sont parfois signées et l'on mesure la puissance de ces contrats. En outre, un décret peut étendre le contenu de ces conventions à toute une catégorie de personnels, pourtant non-signataires de l'accord ni même dans le champ d'application de l'accord. La convention collective est alors sans doute plus près de la loi, négociée, que du contrat, à la différence de ce qu'on appelle les accords dérogatoires, pleinement contractuels, qui permettent, sur la base d'un accord d'entreprise, c'est-à-dire voté dans une entreprise, de déroger à *la baisse* les standards du droit du travail (salaires, heures de travail, etc.), en général dans l'espoir, souvent vain, d'un maintien des postes de travail.

Enfin, des organisations collectives d'importance considérable sont de sources purement contractuelles : les réseaux de distribution et notamment la franchise, la publicité, les organisations sportives, etc., connaissant des codes de bonne conduite prévoyant un autocontrôle ; cela ne signifie pas que le recours au juge ou à la loi est exclu, mais qu'il est second.

C'est encore la question, très médiatisée aujourd'hui du recours à l'*arbitrage* comme technique de résolution d'un litige par des juges privés, ainsi que les *modes alternatifs de régulations des conflits* (MARC ou ADR, *Alternative Dispute Resolution*) avec la transaction, la médiation, la conciliation, l'expertise, l'arrangement amiable, etc., qui permettent dans l'ordre interne comme dans l'ordre international de se passer du juge et parfois du droit, sinon pour y recourir de manière seconde. Le mouvement suscite un engouement pour des raisons pratiques (choix du juge, rapidité du procès, choix de la technique de jugement, très haute qualité d'écoute des parties, etc.) mais aussi politiques : désintéressement sinon mépris pour le juge ou le droit interne par des entreprises multinationales, ou tout simplement « anationales », recherche d'un *jus commune* rebaptisé *lex mercatoria*, identification d'un *droit des marchands* non soluble dans le droit des États et, finalement, victoire du libre-échange sur le droit étatique.

L'ensemble intègre une catégorie de norme qu'on appelle le *soft law*, le droit souple, voire le droit mou (V. *infra*, Bibl.), formule apparue en droit international public et qui gagne aujourd'hui toutes les branches du droit, mais permet, outre la validation de l'hypothèse du pluralisme des sources du droit, de se demander si les critères de validité de la norme juridique, par le critère de la sanction, sont encore valables.



Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- P.-H. Antonmattei, *Les conventions et accords collectifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996.
- J.-G. Belley (ss dir.), *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, coll. « Droit et société », 1996.
- M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1986.
- D. Mainguy, *Les directives non transposées: libres propos sur une étrange lumière: Mél. Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 89.
- Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2004.
- G.-J. Martin (ss dir.), *Les nouvelles formes de la régulation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998.
- B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996, p. 16 et s.
- N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse Paris II, 1994; *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*, in *Le renouveau des sources du droit des obligations*, Travaux Assoc. Capitant, 1998, p. 65.
- Ph. Neau Leduc, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998.
- Th. Revet (ss dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.
- G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.
- B. Stirn, *Le Conseil d'État et l'Europe: Mél. G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 653.
- A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999.

2 ♦ ARTICLES

- P. Amssek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales: RDP* 1982, p. 275.
- Ch. Atias, *La civilisation du droit constitutionnel: RFD const.* 1991, p. 435.
- J.-Y. Chérot, *Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel: RTD civ.* 1991, p. 511.
- M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation: D.* 2001, chron. p. 601.
- Ph. Jestaz, *Sources délicieuses, remarques en cascades sur les sources du droit: RTD civ.* 1993, p. 73.
- B. Mathieu, *Droit constitutionnel et droit civil, de vieilles outres pour un vin nouveau: RTD civ.* 1994, p. 59.
- C. Mouly, *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne?: RID comp.* 1985, p. 895.
- B. Oppetit, *La notion de source du droit et le droit du commerce international: Arch. phil. dr.* 1982, t. 27, p. 43; *De la codification: D.* 1996, chron. p. 33; *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême: D.* 1990, chron. p. 72.
- F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit: RTD civ.* 1995, p. 509.
- P. Puig, *Hiérarchie des normes: du système au principe: RTD civ.* 2001, p. 749.
- L. Roy, *Réflexions sur le droit de la régulation: D.* 2001, chron. p. 3031.
- C. Thibierge, *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit: RTD civ.* 2003, p. 599.
- F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit écrit: D.* 2002, chron. p. 15.

Section 2

Les sources non légales

155. - Présentation. Les sources non légales, c'est-à-dire les sources qui se distinguent de l'idée de loi, manifestent l'idée d'un *pluralisme juridique* contre l'idée du XIX^e siècle qui voulait que tout le droit fût contenu dans la loi, système dit de la plénitude de la loi écrite.

Elles comprennent la jurisprudence (§ 1), la coutume (§ 2), les principes généraux (§ 3) et la doctrine (§ 4).

§ 1. - LA JURISPRUDENCE

156. - Définitions: la jurisprudence comme technique et comme source. Le terme de jurisprudence est employé en des acceptions différentes. Étymologiquement, le terme désigne la science du droit; c'est d'ailleurs son sens en droit romain. En droit anglais, le terme désigne la philosophie du droit.

Comme *technique*, la jurisprudence connaît aujourd'hui de nombreux autres sens. Il peut s'agir de l'habitude qu'ont les tribunaux de trancher un litige d'une certaine manière. On évoque ainsi **la jurisprudence constante** ou un **revirement de jurisprudence**. Il peut encore s'agir de l'ensemble des décisions rendues par une juridiction donnée. On parle souvent de la jurisprudence de telle cour d'appel ou de la jurisprudence de la Cour de cassation – et le plus souvent à raison, on le verra, car pour la question de savoir si la jurisprudence est source de droit, c'est ce sens que l'on entend pour le mot jurisprudence – ou bien encore de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière sociale ou de la jurisprudence en matière de clause abusive... Il s'agit également de la « personnification de l'action des tribunaux », c'est-à-dire des décisions rendues par les tribunaux prises dans leur sens normatif.

Enfin, la jurisprudence, au sens de source réelle du droit, est envisagée comme les décisions assurant une interprétation définitive, les décisions des cours souveraines, Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel mais aussi Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, et en ce sens comme source de droit. En effet, la jurisprudence comme source ne se confond pas avec l'ensemble des décisions de justice.

En France par exemple, une année de décisions de justice représente de 2 à 3 millions de jugements et arrêts en matière civile, de 1 à 1,5 million en matière pénale, 200 000 en matière administrative : le terme pour évoquer cette réalité serait plutôt celui de *contentieux* (V. C. Bérroujon, *Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel* : RTD civ. 1995, p. 549).

La loi pour une justice du XXI^e siècle, dite « J21 » du 18 novembre 2016 puis la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 ont entendu ralentir cette inflation, en favorisant, voire en imposant, le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. Ainsi, en matière de contentieux ordinaire, une assignation n'est valable que pour autant que soit justifié que, préalablement, une tentative de règlement amiable du litige ait été organisée, et, bien souvent, le juge incite les parties à trouver une solution par la négociation, renvoyant à la médiation ou la conciliation, y compris dans des domaines sensibles comme le droit pénal ou le droit de la famille.

S'il s'agit en revanche de savoir si des décisions de justice présentent un effet normatif, si elles intègrent le champ des normes applicables, alors le terme *jurisprudence* est utilisable pour décrire cette réalité, mais elle est réservée, alors, aux décisions des juges qui ne sont susceptibles d'aucun recours, les *cours souveraines*.

S'agissant de la Cour de cassation, les arrêts qui « font » jurisprudence ont longtemps été classés selon qu'ils étaient publiés ou non au bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Depuis quelques années, la cour elle-même assure la publication de tous les arrêts rendus, quels qu'ils soient, sur Internet sur le site legifrance.gouv.fr, avec une technique de recherche efficace, notamment par les numéros de pourvoi. En outre et indépendamment d'un signalement particulier de certains arrêts sur son propre site Internet, elle a pris soin de développer une technique de différenciation plus subtile, distinguant les arrêts selon des jeux de lettres selon un ordre d'importance (pour la cour) croissant : « simplement diffusé » (lettre « D », éventuellement précédée des lettres « FR », signifiant formation restreinte, qui correspond à la technique de filtre de chaque chambre ou « FP », formation plénière), publié au bulletin (lettre « P »), publié au bulletin et dans le bulletin d'information de la cour (lettres « P+B »), publié au bulletin, dans le bulletin d'information de la cour et faisant l'objet d'une mention dans le rapport annuel de la cour (lettres « P+B+R »), voire faisant l'objet, en sus, d'une publication sur son site Internet (lettres « P+B+R+I »).

Comme *source*, la jurisprudence présente, en effet, un grand intérêt, et ce à plus d'un titre. En premier, elle traduit l'application de la loi au cas concret et révèle la réalité de cette application. La jurisprudence, c'est le droit en mouvement, le droit en action. Par ailleurs, la jurisprudence acquiert une grande autorité dès lors qu'elle n'est pas brouillonne, disparate mais au contraire, méthodique et unifiée. Or, la jurisprudence obéit naturellement à des lois d'imitation et de continuité pour diverses raisons : formelles liées à la structure pyramidale des juridictions françaises et informelles liées à la façon de juger, mode relativement uniforme du recrutement des magistrats, milieu socioculturel d'origine des magistrats, culture commune, etc. La jurisprudence est, alors, au moins, une *autorité du droit*.

En second, elle révèle la question de l'« autorité » de la jurisprudence et donc de sa place dans les sources du droit. La jurisprudence est-elle une source autonome ou, au contraire dépendante (de la loi) ?

157. - La jurisprudence est une source de droit. En France délicate et discutée était, est encore parfois, la question de savoir si la jurisprudence est, plus qu'une simple autorité, une source de droit et de mesurer alors sa place dans le concert des sources du droit.

Cette difficulté repose sur le récit français – récit au sens où il s'agit bien d'une sorte de mythe, d'une histoire dogmatique narrée comme un credo – de la construction du droit moderne, c'est-à-dire depuis la Révolution française. Si l'on s'en tient aux principes fondateurs de l'ordre postrévolutionnaire, fondés notamment par les propositions de Robespierre, Sieyès ou Montesquieu autour d'une notion de République épurée de l'arbitraire – supposé – du juge de l'Ancien Régime (V. *infra*, F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*), la jurisprudence ne peut pas être une source de droit. Elle est pourtant très largement considérée comme telle, depuis peu, en vertu de la reconnaissance d'un certain pluralisme des sources du droit (V. Bibl. *infra*). Après la Révolution, Robespierre proposait ainsi de supprimer le mot « jurisprudence » du vocabulaire, proposition totalement utopique mais particulièrement révélatrice d'une volonté d'identifier le droit comme émanant nécessairement du législateur, représentant de la Nation, solution inspirée de la philosophie des Lumières, et dont le normativisme est l'héritier. Il s'agissait alors de combattre le système de l'Ancien droit qui, au contraire, laissait une grande place à l'action des tribunaux, et à l'équité. Les parlements rendaient ainsi, parfois, des *arrêts de règlement*, susceptibles de s'appliquer dans un grand nombre de situations ; l'arrêt de règlement étant concurrent de la loi et les arrêts étaient le plus souvent sans motivation, sinon sur l'équité, de sorte que les arrêstistes qui présentaient les solutions rendues racontaient les débats juridiques dans leurs commentaires, palliant ainsi l'absence de précision ou de motivation dans l'arrêt. À la fin de l'Ancien

Régime, cette situation était devenue insupportable aux révolutionnaires : « Que Dieu nous préserve de l'équité des parlements ! » disait-on. À partir du moment où, après 1789, la loi détient, formellement toujours, le monopole de la production des normes juridiques, toute concurrence avec d'autres sources, comme la coutume ou la jurisprudence, est en effet exclue ; elle l'est encore dans la conception normativiste, qui prévaut globalement chez les spécialistes de droit constitutionnel. Le système juridique, la pensée juridique se sont ainsi construits contre la jurisprudence, de telle manière que celle-ci, bien qu'existant, bien que reconnue comme une technique d'accès à la connaissance des règles, est demeurée l'ombre portée de la règle de droit. Le droit révolutionnaire affirmait que les tribunaux devaient se contenter d'appliquer la loi quitte à demander en cas de difficulté d'interprétation l'avis du législateur par la procédure dite du référé législatif. Cette institution fut un échec en raison de la longueur des réponses et, sans doute, en raison de l'impuissance du législateur à interpréter les règles aussi bien que le ferait le juge, confronté au cas concret mais aussi parce qu'elle va à l'encontre du concept de loi : un ensemble de règles générales et impersonnelles, et de l'action des tribunaux : appliquer la règle au cas concret et, donc, l'interpréter. Aussi fut-il supprimé très tôt, en 1828. La suppression du référé législatif ne donnait cependant pas toute son ampleur à la jurisprudence de la Cour de cassation. Jusqu'au 1^{er} juillet 1837 en effet, la Cour de cassation ne disposait pas de l'autorité souveraine dans ses rapports avec les cours d'appel. En cas de second pourvoi en effet, alors que les cours d'appel avaient « résisté » à une décision de la Cour de cassation, la troisième cour d'appel, après seconde cassation avec renvoi, pouvait encore résister. Ce n'est qu'en 1837 que la Cour de cassation disposait en ce cas, de l'autorité décisionnelle : la dernière cour de renvoi devait « se soumettre » : ce n'est donc que depuis 1837 que la Cour de cassation est devenue une Cour souveraine et qu'une jurisprudence souveraine de la Cour de cassation a pu s'élaborer. Il demeure que la jurisprudence et le juge ont été placés en état d'infériorité normative, comme si la jurisprudence faisait corps avec le système monarchique renversé par la Révolution française, et ce malgré deux Restaurations, une Monarchie constitutionnelle et deux Empires, comparé au système légicentriste révolutionnaire qui résultait de la seule considération de la loi. Malgré l'irruption évidente et massive de la jurisprudence dans notre système juridique, il reste des traces de cet ancien et profond ostracisme dans lequel elle a été tenue.

Depuis la Révolution et ses évolutions, la situation formelle n'a guère évolué : la Constitution de la V^e République se contente d'évoquer la qualité d'« autorité » des institutions judiciaires, et non de « pouvoir » au sens de la séparation des pouvoirs. En termes de légitimité par ailleurs, la loi est parée de toutes les vertus : votée par les députés élus sur la base d'un programme politique, la loi met en œuvre normativement cette volonté générale. À l'inverse le juge ne bénéficie pas de cette légitimité démocratique et est donc cantonné à un rôle d'exécutant, la bouche de la loi. Tout écart dans l'application de la loi, par interprétation ou création, serait ainsi la manifestation d'une illégitimité, manifestation d'un « gouvernement des juges ». L'expression est née aux États-Unis, en 1803 après l'arrêt *Madison c/ Marbury* faisant de la Cour suprême des États-Unis le gardien de la norme constitutionnelle et du juge judiciaire le juge ordinaire de la constitutionnalité des normes. L'autonomie progressive de la jurisprudence ou, plus exactement, la reconnaissance par la doctrine de cette autonomie doublée de la reconnaissance de ce pouvoir par les juges eux-mêmes, en France, fait du phénomène jurisprudentiel le mécanisme le plus intéressant des sources du droit.

Il est vrai que « la jurisprudence », au sens où on l'entend comme éventuelle source du droit est formée d'une toute petite partie de l'ensemble des décisions de justice. Ce sont essentiellement les décisions des cours souveraines, la Cour de cassation, telles qu'elles sont publiées, soit dans le bulletin de la Cour de cassation,

selon des classifications qui sont propres à celle-ci, soit dans les revues juridiques, c'est-à-dire la jurisprudence accessible, les décisions du Conseil d'État, celles du Conseil constitutionnel et on pourrait ajouter celles de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.

158. - Les modèles étrangers. Certains droits étrangers connaissent des systèmes très différents de notre système juridique. De manière très claire, le Code civil suisse de 1907 contient un article 1-2° qui dispose que « à défaut de disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » ; on ne saurait mieux dire pour définir le rôle du juge et faire apparaître le résultat de son travail, la jurisprudence comme une source, subsidiaire, de droit, le tout, pourtant, dans un système de code, très voisin de celui du droit français.

Surtout, le **modèle anglais**, par le système de *Common Law* et qui se retrouve dans la plupart des pays de langue anglaise (États-Unis, Canada à l'exception du Québec, Australie, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud notamment), est dominé par la règle du précédent. Parce qu'ils ne furent pas, comme le droit français, influencés par le droit romain pris comme postulat, les juges anglais ont eu mission de créer le droit notamment par des juges itinérants dépêchés par le Roi. En sorte que la jurisprudence tient, en droit anglais, le rôle majeur, les lois n'étant là que pour corriger le droit jurisprudentiel. Mais surtout, les décisions judiciaires ont une autorité importante : elles fondent un *précédent*. Les juges qui seront, dans l'avenir, confrontés à un problème identique, devront suivre la solution déjà donnée par le précédent.

Ce faisant, la principale différence, qui est une aussi une difficulté capitale en France, entre le système de *Common Law* et le *système d'interprétation jurisprudentielle* de droit civil, tient au fait que, en droit français par exemple, le juge applique un syllogisme juridique, dans lequel la règle de droit tient le rôle de la majeure et les faits de la mineure (V. *infra*, n° 256), par un raisonnement déductif, conséquentialiste qui respecte la logique d'imputation de la règle appliquée, quelle qu'elle soit, même jurisprudentielle, et ce même en considérant l'hypothèse réaliste d'un syllogisme inversé. Le système de *Common Law* est au contraire un raisonnement par analogie, tranchant un cas non pas à l'aide d'une règle générale appliquée au cas, mais par rapprochement avec une autre règle particulière antérieurement jugée, un précédent. Lorsque le juge estime devoir s'éloigner d'un cas précédant, il opère par la technique du *distinguishing* qui correspond à un revirement de jurisprudence mais est présenté comme un prolongement du cas antérieur et non une rupture. De même, la technique de l'*obiter dictum* consiste à annoncer un revirement à venir, à préparer le *distinguishing* (formule qu'on retrouve parfois dans les arrêts français, mais dans l'arrêt de revirement), alors que la technique signalant un *not following* identifie un arrêt isolé.

Enfin, distinction majeure d'avec le système français, la *motivation* de l'arrêt consiste à présenter les avis des juges, y compris un avis contraire, dans la décision, une « opinion dissidente » (technique que l'on retrouve dans la jurisprudence allemande).

La différence est donc essentielle et cette différence permet de mesurer la difficulté théorique française. Si dans le système de *Common Law* un arrêt indique par exemple que la fourniture par un fabricant de voitures d'une voiture qui se révèle mal conçue et impliquée dans un accident engage la responsabilité du fabricant, si demain, la question se pose de savoir si un fabricant de médicaments est responsable, la réponse supposera l'observation du cas précédent, de mesurer les similitudes, les différences et d'appliquer, ou non la solution au second. En droit français, et par réflexe nomophile, la solution nouvelle sera rédigée, par la Cour de cassation, à la manière d'une règle de droit, d'une règle générale avec une formule du type *le fabricant est responsable des défauts résultant de la chose et causés aux personnes ou aux biens*. Cela ressemble à une règle *légiférée*, cela en a la saveur, l'expression,

mais ce n'en est pas une. Et pourtant, soit par réflexe, soit parce que la règle jurisprudentielle est une norme de la valeur de la norme interprétée, le juriste qui reçoit cette *décision de jurisprudence* retient la solution, oublie les faits, et confronté à une nouvelle situation, utilise la solution *comme majeure d'un nouveau syllogisme*, comme une règle de droit *générale et abstraite*. C'est ce mouvement, vertical en quelque sorte par comparaison au mouvement horizontal du droit anglais, et qui attire la solution casuistique vers le haut, vers le statut de règle qui explique la difficulté conceptuelle qui consiste à « reconnaître » la jurisprudence comme une source, originale du droit.

159. - Méthodes d'interrogation. Or, la règle générale et abstraite et conçue par référence légicentriste à l'article 5 du Code civil et la prohibition des arrêts de règlement, qui nie apparemment toute valeur à la norme jurisprudentielle est à confronter avec la réalité, judiciaire cette fois, de la menace du déni de justice, le tout dans un débat, de nature législative, ayant la jurisprudence pour objet et que l'on peut compléter par des arguments de procédure qui relèvent, en toute hypothèse de la technique, judiciaire notamment (A), à moins que ce débat soit un peu déplacé au profit d'une considération plus large, politique (B).

A - Technique

1 - L'interdiction des arrêts de règlement

160. - Arrêts de règlement et relativité de la chose jugée. La technique en premier oppose, et ce de manière très classique, l'article 5 et l'article 1351, aujourd'hui 1355, du Code civil. L'article 5 du Code civil interdit en effet aux juges « de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises ». Il prohibe ainsi les *arrêts de règlement*, c'est-à-dire la possibilité pour le juge de décider par des règles générales et abstraites, des règles de droit qui prendraient la forme de jugements types, susceptibles d'être reproduits par d'autres juges, pour l'avenir, comme, par exemple, en droit anglais. La Révolution se méfiait des pratiques judiciaires de l'Ancien Régime qui rendaient parfois de tels arrêts de nature à contrer la loi. En partant du principe que le peuple est souverain et que la loi est l'émanation de la volonté populaire, on arrive logiquement à proscrire les arrêts de règlement.

Dans ces conditions, la décision d'une juridiction est obligatoire, mais seulement pour les parties au procès. C'est le principe de l'autorité de la chose jugée et de la *relativité de l'autorité de la chose jugée* aux seules parties au litige réglé par le juge posé par l'article 1355, du Code civil. Il signifie que les tiers ne sont pas concernés par le jugement, ce qui est logique : le jugement n'intéresse que les parties à celui-ci, mais on considèrerait que cette règle s'opposait à ce que l'on puisse dissocier deux choses dans un jugement, d'une part le dispositif, dont le caractère obligatoire est effectivement limité aux parties et les motifs, qui présentent souvent une forme générale, s'opposant ainsi à la règle du précédent de la *Common Law*. Il en résultait que si la jurisprudence est une source de droit, elle n'est pas de même nature que la loi.

Il suffit donc de considérer séparément, d'une part, le dispositif, dont les effets obligatoires sont limités aux parties et, d'autre part, les motifs qui se présentent comme des règles générales et abstraites, notamment lorsqu'elles émanent de la Cour de cassation. Une lecture attentive des principales décisions de la Cour de cassation montre que les motifs utilisés sont présentés comme des règles générales et abstraites, *comme s'il s'agissait de normes de sources légales*.

Or, cette portée générale des décisions des cours souveraines repose précisément sur la *mission normative* de la Cour de cassation par exemple ; ce n'est pas simplement un effet collatéral qui emporte une simple *portée normative* de ses décisions. Ce n'est pas non plus l'effet d'un arrêt de règlement. Un arrêt de règlement serait obligatoire pour les tiers dans son dispositif : par exemple un arrêt qui

écarterait une clause particulière dans un contrat et qui déciderait que cette clause est illicite pour tous les autres contrats. Or, dans un pareil exemple, un arrêt de la Cour de cassation se prononce, en droit, sur un arrêt d'appel qui invalide une clause dans un contrat. En considérant qu'une cour d'appel a correctement appliqué telle règle de droit, la Cour de cassation propose des motifs, juridiques, qui peuvent constituer d'autant d'arguments juridiques pour des situations futures, mais ne dégénèrent pas en interdiction automatique de toutes ces clauses dans tous les contrats à telle enseigne qu'elles seraient, *de jure*, nulles ou inopposables, du seul fait de cet arrêt. Là se situe la différence entre un arrêt d'une cour souveraine et un arrêt de règlement.

161. - Arrêts de principe. Par ailleurs, les juges rendent parfois des arrêts très importants, on parle ainsi des *arrêts de principe de la Cour de cassation*, arrêts rendus dans des circonstances particulières sur des questions cruciales qui confèrent à ces décisions une portée singulière, amplifiée par l'autorité de la Cour de cassation et par les commentaires doctrinaux de ces décisions. Ce système permet « l'édiction de principes généraux de solution à propos des litiges qui se présentent, mais n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces », révélant le caractère contingent des arrêts de principe, que l'épreuve du temps réfute pourtant : la jurisprudence devient un législateur. Comment expliquer, sinon, l'existence de décisions légitimes, comme celles rendues en matière de mères porteuses, fondées sur des principes généraux du droit inexistant (V. M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* : RTD civ. 1992, p. 489).

2 - L'obligation de juger

162. - Déni de justice. En revanche, l'article 4 du Code civil oblige le juge à juger même lorsque la loi est incomplète, obscure ou absente. Il interdit au juge de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». À défaut, le juge commettrait un *déni de justice*, puni par l'article 434-7-1 du Code pénal. Dans cette hypothèse, et puisque le juge ne peut juger en équité (au sens normatif du terme contrairement, à nouveau, au droit anglo-américain), il lui faut bien se référer aux décisions antérieures, identiques ou voisines, rendues par d'autres juridictions, c'est-à-dire sur les précédents judiciaires.

Une approximation de l'action du juge (de la Cour de cassation) indique que le juge « applique » la loi. Or, les choses se présentent de manière tout à fait différente : lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt d'appel, les avocats aux Conseils et la Cour de cassation ne font pas comme s'ils interprétaient la loi pour la première fois, mais se réfèrent à la dernière interprétation, la dernière jurisprudence, pour censurer l'arrêt ou rejeter l'appel. Cela ne signifie pas, comme en droit anglais, que le juge est tenu de se conformer au précédent. Bien au contraire, les revirements de jurisprudence attestent de la possible modification d'une interprétation de la loi : la jurisprudence française est autoréfutible.

Par ailleurs et surtout, la loi est nécessairement incomplète, elle ne peut embrasser l'ensemble des situations concrètes. C'est le juge qui assume le rôle essentiel d'appliquer la norme, générale et abstraite, au cas concret, aux faits, par l'interprétation de la norme et des faits : la décision des juges, la jurisprudence (envisagée comme les décisions normalisées, après le contrôle de la Cour de cassation) est formée de cette rencontre. On observe d'ailleurs que le Code civil qui contient des règles souvent très larges connaît une stabilité beaucoup plus importante que les lois modernes qui veulent tout régir et finalement deviennent très rapidement obsolètes. Dans toutes les hypothèses où une lacune ou une antinomie légale se fait jour, le juge peut donc créer le droit. Pourtant, il faut bien admettre que l'œuvre créatrice du juge ne se limite pas à ces situations, et ce depuis longtemps.

163. - Obligation de motiver. Le juge est également obligé de motiver ses décisions, de les justifier, selon l'article 455, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Le juge doit préciser sur quelle règle il appuie son raisonnement et sa décision, afin de permettre un contrôle de la motivation des jugements par la Cour de cassation.

On conçoit que ce n'est guère difficile lorsque la loi est claire. En revanche, dès que la loi est obscure, susceptible d'interprétations divergentes, incomplète ou absente, le juge doit malgré tout juger. Or, pour juger, et, en jugeant, pour motiver, il lui faut, autant que possible, rendre clair ce qui est obscur, complet ce qui l'est pas, présent ce qui n'existe pas. Il en résulte nécessairement, nécessité encore renforcée par la technique de rédaction des arrêts de cassation, empruntant au syllogisme juridique, pour motiver ces décisions, la création de règles de droit chaque fois que la loi que le juge est, en principe, chargé d'interpréter est ambiguë, obscure ou inexistante. On pourrait même considérer que tout texte (par uniquement juridique) est, par nature, obscur, incomplet, inachevé, susceptible de plusieurs interprétations, pour autant qu'il soit même présent et que par nature il soit normativement indéterminé.

S'ajoute à cela la *hiérarchisation* des juridictions qui veut que la Cour de cassation a toujours le dernier mot, dans un souci d'*uniformisation* de la jurisprudence par la Cour de cassation (qui est sa mission principale), et une certaine tendance au conservatisme, propre aux juristes mais aussi à la société. Dans un litige, il n'y a bien souvent pas beaucoup plus que deux ou trois solutions possibles. Par conséquent, le juge n'a guère de choix possible.

Les juges du fond sont en outre nécessairement enclins à juger comme le fait la Cour de cassation puisqu'ils savent qu'à défaut leurs décisions seront cassées alors même que la Cour de cassation a naturellement tendance à juger dans l'avenir comme elle a jugé dans le passé sauf rares (mais de moins en moins) revirements de jurisprudence même s'il faut souligner pour tempérer cette affirmation l'indépendance intellectuelle des juges du fond et le fait que des pourvois en cassation ne sont pas systématiques. Par ailleurs, l'interrogation récente posée par le caractère rétroactif des revirements de jurisprudence révèle, sans guère de doute, l'installation de la jurisprudence dans le domaine des sources du droit (V. *infra*, n° 289).

Le juge dépasse cependant parfois le strict cadre qui lui est assigné par les articles 4 du Code civil et 455 du Code de procédure civile, par exemple lorsque l'on observe des *obiter dictum*, c'est-à-dire des motifs qui ne sont pas nécessaires à la solution donnée par le juge (opposés à la *ratio decidendi*: les motifs nécessaires à la décision). On en observe de plus en plus souvent, ils traduisent une implication beaucoup plus importante du juge dans l'élaboration des normes.

164. - Raisonnement juridique, la question de la motivation. La technique de rédaction des décisions de justice ajoute cependant à l'idée que les juges ne font qu'appliquer la loi. La Cour de cassation sépare les faits et les principes sur lesquels la solution est rendue. Le raisonnement juridique utilisé par le juge est l'un des mystères du droit (cf. P. Deumier [ss dir.], *Le raisonnement juridique*, Dalloz, 2013).

Traditionnellement, on considère que le juge opère ce que l'on appelle un *syllogisme juridique* (V. *infra*, n° 212), qui est une des techniques de logique juridique et qui repose sur le raisonnement suivant: les faits étant ce qu'ils sont, la règle étant ce qu'elle est, il y a lieu d'appliquer celle-ci à ceux-là. Cette technique permet d'appliquer la règle, générale et impersonnelle, aux faits de l'espèce, particuliers et concrets. Ce faisant, les décisions de justice devraient, logiquement, ne concerner que les faits, que les parties. Pourtant, cette technique permet souvent de conférer une aux décisions de justice une portée beaucoup plus générale. La *mineure* du raisonnement reproduit les faits, la *majeure* présente la règle de droit. Ils constituent les *motifs* et sont présentés de façon uniforme: « attendu que M. X. a (...) » ; « attendu que l'article 1240 dispose que (...) ». La *conclusion*, le *dispositif*, est la décision. C'est logique, cela sonne comme une déduction mathématique, c'est définitif.

Mais c'est faux ou en tout cas incomplet. Lorsque l'arrêt offre une interprétation particulière d'un texte ou bien qu'il se prononce en l'absence de règle bien établie, l'idée de syllogisme juridique permet, apparemment, de justifier le raisonnement et de conférer une grande portée à la décision. En effet, la solution juridique apparaît clairement dans l'arrêt, à travers la majeure du raisonnement syllogistique, de façon générale et abstraite, *comme s'il s'agissait d'une règle de droit*, soit en tête de l'arrêt lorsqu'il s'agit d'un arrêt de cassation (et viennent ensuite les faits et l'interprétation divergente proposée par l'arrêt d'appel censuré) soit après la formule « mais attendu que (...) » lorsqu'il s'agit d'un arrêt de rejet. Cela étant la majeure est, par hypothèse, une norme nouvelle, une norme jurisprudentielle, interprétative.

En fait, on s'aperçoit que bien souvent les juges utilisent la règle inverse, un *syllogisme inversé* : désireux d'aboutir à telle solution au regard des faits, *ceux-ci étant ce qu'ils sont*, ils appliqueront telle ou telle règle leur permettant d'y parvenir, y compris au soutien d'une règle correspondant à une nouvelle interprétation, soit une règle inventée ou découverte par le juge. Cette manière de présenter le raisonnement du juge est sans doute plus précise, mais tout aussi erronée, car également présentée en termes de déduction, de logique, quel qu'en soit le sens.

Ni impératif logique, ni liberté totale mais un certain nombre de contraintes (V. *infra*, n° 191) dont la **question de la motivation**. Celle-ci est traditionnellement très synthétique et concise en droit français, et se présente comme l'affirmation d'une règle sèche, parfois mélangée de faits et de règle, mais sans réelle explication propre à assurer une parfaite compréhension des choix qui se présentaient au juge, à ses raisons, ses justifications, etc. Le choix français traditionnel de la brièveté des décisions de justice (F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, LGDJ, 2013) s'explique de plusieurs manières.

La tradition française est issue de celle de l'Ancien Régime, de l'absence de motivation (qui s'expliquait par la protection des juges face à l'ire du roi), vers une motivation succincte, pour des juges « bouches de la loi » qui en motivant peu, faisait demeurer une forme de soumission formelle à la loi. En effet, une motivation faible explicitant l'interprétation créatrice par le juge, et l'appel systématique à un visa légal, même de manière purement formelle, donnent le sentiment, assez saisissant, que les juges et notamment la Cour de cassation ne font *qu'appliquer* la loi.

On pourrait ajouter qu'il en résulte une sorte de mystique, culturelle, du primat de la loi, qu'entretiennent le rituel judiciaire et sa discrétion sur son rôle réel.

Depuis, une forme de confort s'est installée : le juge assume sa fonction normative, comme un législateur, sans avoir besoin d'explication. S'ajoute le fait que la Cour de cassation présente une fonction *disciplinaire* : elle n'est pas une juridiction ordinaire, dotée de la plénitude de juridiction, mais une juridiction simplement chargée de contrôler l'application des règles de droit ; certains la considèrent même comme « le bras armé du législateur » (F. Zenati, *La nature juridique de la Cour de cassation* : *Bull. inf. C. cass.* 15 avr. 2003, n° 575). Enfin une grande répugnance des juges à expliquer leurs décisions, qui aboutirait, comme dans la tradition américaine notamment, à donner un avis, sur le droit, sur la solution, voire à la personnaliser, en présentant éventuellement des opinions dissidentes.

Cette question d'ailleurs en mutation, au sein même de la Cour de cassation et notamment à propos du contrôle de proportionnalité opéré en application des règles de la Cour européenne des droits de l'homme (comp. Ch. Jamin, *Juger et motiver* : *RTD civ.* 2015, p. 263).

C'est le plus grand changement que l'on peut observer dans la **rédaction des arrêts de la Cour de cassation**, et généralisé à compter de 2019.

Plusieurs modifications, associées à la réforme interne de la Cour de cassation (documents diffusés sur le site de la Cour de cassation), modifient de manière importante la rédaction des arrêts de la cour. La première saute aux yeux, une

technique de rédaction qui segmente le raisonnement, de manière à le rendre plus accessible aux non-juristes. Fin du « mais attendu que », « il appert », « il échet », et autres formules de juristes.

Surtout, cette réforme se présente comme proposant une « motivation enrichie ». L'obligation de motivation, *en droit*, des décisions de justice repose sur l'article 455 du Code de procédure civile que la Cour de cassation interprète comme reposant sur des « règles légales » et des « principes » (principes qui, jusqu'alors servaient surtout à masquer la fonction normative de la jurisprudence). Il s'agit en premier d'une « motivation développée », au-delà de la méthode discursive nouvellement utilisée, pour expliciter la méthode d'interprétation choisie ou présenter, éventuellement, les alternatives sérieuses qui n'auraient pas été retenues.

Il s'agit ensuite pour la Cour de cassation de faire état, explicitement, des décisions rendues par la jurisprudence, quelle qu'elle soit, y compris *ses propres arrêts*. C'est le cas notamment lorsque la Cour de cassation renverse sa jurisprudence pour que ce revirement soit explicite et intelligible, ou encore face à une solution inédite, pour expliciter le cheminement suivi par la cour, en termes de raisonnement par analogie. Il s'agit là d'une évolution à la fois surprenante et majeure. Elle surprend parce que cette mention par la Cour de cassation de ses propres arrêts constitue l'aveu, bien masqué jusque-là sauf dans quelques rares exceptions (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-10.101 : *RTD civ.* 2006, p. 521, obs. P. Deumier. – V. aussi Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2016, n° 15-10.552. – Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, qui citent expressément des décisions précédentes), de ce que la Cour de cassation est parfaitement consciente que ses décisions sont des normes juridiques qui, par sédimentation, forgent un droit complexe et efficace en interprétant la loi, de sorte que la Cour de cassation révèle, enfin, qu'elle interprète ses propres interprétations (D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation* : *JCP G* 2011, 603) sur lesquelles elle peut se fonder ou qu'elle peut autoréfuter. Elle est majeure en outre en ce qu'elle confirme que l'argument tiré de la prohibition des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil est parfaitement étranger à la considération de la jurisprudence comme source de norme juridique.

Il ne s'agit donc pas, dans cette innovation, d'aller jusqu'à présenter la « motivation de la motivation », c'est-à-dire les raisons qui ont poussé le juge à rendre sa décision. On reste donc très loin de la méthodologie américaine par exemple.

165. - Autolimitation ou émancipation ? Toutes les décisions de jurisprudence ne font pas « la » jurisprudence, entendue comme source de droit. Seules les plus importantes d'entre elles, les arrêts de la Cour de cassation et encore, parmi ceux-ci, les plus importants encore, au-delà des seuls arrêts de principe ou des revirements de jurisprudence qui constituent les sommets de la jurisprudence prise comme source de droit, en font partie l'ensemble de la jurisprudence publiée, voire de la jurisprudence non publiée tant l'accès à la jurisprudence de la Cour de cassation est désormais facilité par l'Internet, notamment par l'autoréférence organisée par la Cour de cassation elle-même, mais aussi par des entreprises de la *legaltech*, dont les éditeurs juridiques, qui assurent cette fonction générale de diffusion. La « jurisprudence », qu'elle émane de quelque cour souveraine qu'elle soit, représente toutefois une masse considérable de droit, avec des autorités différentes. Celles du Conseil constitutionnel disposent d'une autorité consacrée par l'article 62 de la Constitution de la V^e République. Pour les autres, la question est plus complexe : la Cour de cassation ou le Conseil d'État assument une mission de cassation et, ce faisant, une mission *disciplinaire*, assurer l'uniformité de l'interprétation. Il s'agit donc d'une autorité *de fait* et non de droit ; d'ailleurs on repère es *résistances* des juges du fond, qui conduisent d'ailleurs parfois la Cour de cassation à proposer des revirements de jurisprudence.

La jurisprudence, alors considérée comme source de droit, est-elle subordonnée à la loi ? C'est une question célèbre, à ramener dans le débat sur la nature de source

de la jurisprudence et généralement présentée par les tenants de la doctrine légaliste (V. Ph. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi: Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603). L'idée générale est que la jurisprudence n'existe qu'autant que la loi le permet. La loi peut en principe toujours défaire ce que la jurisprudence a fait écrit-on souvent en sorte que l'on pourrait considérer que la tolérance d'une jurisprudence se justifierait par une approbation tacite de la loi, tempérant d'autant l'autorité de la jurisprudence. C'est une thèse célèbre et très diffusée que cette idée que la jurisprudence est ainsi une forme de norme légale implicite ; si la jurisprudence ne sied pas au monarque, il peut faire adopter une loi contraire, forme modernisée du « lit de justice ». C'est d'ailleurs ce qui justifie que les grandes avancées jurisprudentielles passent généralement très bien en doctrine jusqu'à ce que la jurisprudence s'émancipe véritablement, au cours des années 1980, en droit des contrats, pour imposer des obligations nouvelles dans le contrat que les parties n'avaient pas prévues (obligation de renseignement, obligation de sécurité notamment), des modèles d'exécution nouveaux (exécution de bonne foi des contrats conçue comme une exécution respectant l'esprit du contrat ou son économie), voire des techniques d'appréciation nouvelles de la validité du contrat, ou en droit de la famille dans les années 1990 avec la jurisprudence interdisant les conventions de mère porteuse en 1991 ou validant le transsexualisme en 1992 par exemple, ou encore la série des affaires *Perruche* (V. *infra*, n° 257) entre 1999 et 2006. C'est d'ailleurs à ce moment que la doctrine a commencé à s'offusquer et à considérer la jurisprudence comme proposant des interprétations « déformantes » à (re)parler de forçage du contrat, etc., comme si la jurisprudence était à la merci de la loi et de la doctrine. En 1992 même, certains auteurs parlaient d'imposer un nouvel alinéa à l'article 4 du Code civil : « Toutefois, lorsque la décision à rendre suppose la prise de position de principe sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le juge doit surseoir à statuer et en référer au législateur » (V. *infra*, F. Zenati, *in RTD civ.* 1992, p. 337), le contraire du Code civil suisse, le retour du référé législatif, l'ignorance délibérée à la fois des leçons du normativisme et du réalisme, dans ce positivisme nostalgique français (V. *supra*, n° 56).

Le droit fiscal offre, ainsi, quelques exemples de décisions brisées par une loi nouvelle mais c'est là encore un mythe : pour une solution jurisprudentielle effectivement brisée par la loi, mille sont ignorées par la loi et subsistent. Inversement, on connaît de nombreux exemples où la jurisprudence brave la loi (V. Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire, chronique d'humeur, art. cit.*), voire la contredit totalement, sans que le législateur réagisse, comme dans l'exemple célèbre de l'action en recherche de paternité. Parfois même, la jurisprudence devance la loi ou bien provoque le législateur pour l'inciter à légiférer. Tel fut le cas de la jurisprudence des années 1970 qui refusait de réviser les clauses pénales pour forcer le législateur à intervenir, ce qu'il fit le 5 juillet 1975, modifiant l'article 1152 du Code civil pour autoriser le juge à augmenter ou diminuer le montant d'une clause pénale lorsque celui-ci est manifestement dérisoire ou excessif. Tel est le cas de la jurisprudence sur les clauses abusives, par laquelle la jurisprudence s'autorisait à contrôler toutes les clauses abusives contenues dans un contrat conclu avec un consommateur contrairement à une loi de 1978, jusqu'à ce qu'une loi du 1^{er} février 1995 confirme cette avancée jurisprudentielle. Tel est surtout le célèbre exemple de la jurisprudence *Desmares* du 21 juillet 1982, précipitant l'adoption de la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la circulation.

Plus qu'un combat ou une compétition entre la jurisprudence, la loi ou la doctrine, on pourrait observer alors une forme de complémentarité pas toujours dénuée d'ambiguïté d'ailleurs : ainsi, avant la transposition de la directive de 1985 en matière de responsabilité des produits défectueux par la loi du 19 mai 1998, la Cour de cassation avait bâti un solide régime de l'obligation de sécurité, qu'elle renforçait encore à quelques jours de la promulgation de la loi de 1998.

La question de l'autolimitation de la jurisprudence, pour des raisons déjà exposées (V. *supra*, n° 106), puis de son émancipation, se mesure d'ailleurs à l'aune de cette complémentarité. Par exemple, entre la jurisprudence et la doctrine : la doctrine tient compte de la jurisprudence et réciproquement. Ainsi, la doctrine rend compte des principales avancées jurisprudentielles, pour les exposer, les critiquer ou les louer, et on décèle parfois dans la jurisprudence la « plume » de tel auteur, de même que le rapport du conseil rapporteur ou l'avis de l'avocat général sont généralement l'occasion, dans les arrêts importants, de présenter une synthèse de la doctrine. Émancipation cependant, lorsque la doctrine majoritaire combat massivement un mouvement jurisprudentiel ou à l'inverse que la « doctrine de la Cour de cassation est invoquée, y compris par la jurisprudence elle-même ».

166. - Exemples de grands mouvements jurisprudentiels en droit privé.

Que l'on tienne la jurisprudence pour une simple autorité interprétatrice du droit ou pour une véritable source énonciatrice de droit, il reste que le « fait jurisprudentiel » est indéniable : nul ne peut prétendre étudier le droit sans connaître la façon dont la jurisprudence applique la loi. Il existe, ainsi, des exemples particulièrement topiques du rôle joué par la jurisprudence. Très célèbre est l'exemple issu de l'arrêt *Teffaine* dans lequel une machine avait explosé tuant un ouvrier, M. Teffaine. Le juge appelé à se prononcer n'appliqua pas l'article 1382 du Code civil (art. 1240 du Code civil, à compter du 1^{er} octobre 2016), inutile puisqu'il n'y avait pas de faute. Il utilisa l'article 1384, alinéa 1^{er} du même code pour découvrir un principe général du fait des choses que l'on a sous sa garde et qui est l'un des textes les plus appliqués en matière de responsabilité aujourd'hui, alors que cet alinéa était considéré jusqu'alors comme un texte introductif du reste de l'article 1384 (art. 1242 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016 ; Cass. civ., 16 juin 1896 : *D.* 1897, 1, p. 433). Dès lors, de très nombreuses décisions ont suivi le chemin tracé par la Cour de cassation pour créer le mécanisme général de responsabilité sans faute reposant sur l'article 1384 (art. 1242), alinéa 1^{er} du Code civil. Mais, ce système n'aurait sans doute pas connu le succès qui est le sien aujourd'hui si des juristes expérimentés n'avaient expliqué, ordonné, systématisé le dédale constitué par l'ensemble de ces décisions. Les exemples de ce type pourraient être égrenés à l'infini : songeons aux règles gouvernant les actions directes dans les contrats, les obligations d'information ou de sécurité dans les mêmes contrats, ou bien encore dans l'exemple très démonstratif de l'affaire *Perruche* (V. *supra*, n° 59). Après les arrêts de 2000 et 2001 validant l'action en responsabilité des parents, en leur nom et au nom de l'enfant, né handicapé, faute d'avoir pu procéder à une IVG du fait d'une faute médicale, la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 « brisait » ces solutions jurisprudentielles par un article préliminaire affirmant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Saisie à nouveau, sur la même question, et sommée d'appliquer la loi nouvelle, la Cour de cassation décidait par une série d'arrêts de principe du 26 janvier 2006 (Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n^{os} 29, 30, 31), sur le fondement de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure un droit à la protection des biens : « Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er}, I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer

que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap ».

L'affaire est emblématique, d'une part en ce qu'elle fait la démonstration que l'espace judiciaire est bien le lieu d'un débat sur la légitimité d'une demande, mais également en ce qu'elle rompt avec le mythe de la tolérance implicite de la loi : la loi qui rompt une jurisprudence qui ne lui plaît pas, loi qui pourtant a fait l'objet d'un contrôle constitutionnel favorable, est écartée par le juge lui-même sur le fondement d'un argument de droit conventionnel, ici la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : la loi ne tolère donc rien du tout, le législateur ne brise rien du tout non plus, sauf en se risquant à une nouvelle argumentation judiciaire dont il n'est pas certain qu'il en ressorte victorieux.

B - Politique

167. - Légalisme, normativisme et réalisme. De la confrontation technique précédente, nous concluons, où d'autres aboutissent à la solution inverse, que la jurisprudence est, techniquement, une source de normes juridiques : les normes de source jurisprudentielle. Nous en déduisons, donc, que cette confrontation simplement technique n'est pas suffisante. D'un point de vue plus large, politique (au sens de politique juridique, de la théorie juridique), la question peut être présentée différemment, en renvoyant aux logiques posées par le positivisme juridique dans ses deux considérations essentielles que sont le normativisme et le réalisme.

La conception légaliste (V. *supra*, n° 148) considère que la jurisprudence ne peut pas être une source de droit puisqu'elle n'est pas déterminée comme telle par une norme supérieure. Pire, une norme supérieure, la Constitution de la V^e République, établit clairement la jurisprudence comme une *autorité du droit*, le tout sans craindre la contradiction, tenant au fait que les règles constitutionnelles sont devenues réelles grâce au coup de force jurisprudentiel du Conseil constitutionnel, en 1971, que le droit administratif est tout entier de source et de méthode jurisprudentielle, etc. La thèse légaliste aboutit alors à cette conclusion, apparemment parfaitement logique, que la jurisprudence n'est pas une norme et que les juristes croient que c'en est une, mais à tort. C'est le « Truman show » juridique, en quelque sorte.

Le positivisme normativiste ou réaliste propose une tout autre solution, non pas dans la considération de la technique de *production* en sens industriel, des normes, mais simplement en observant la question de l'interprétation. Pour les normativistes, la question de l'interprétation est essentielle mais considérée comme une fonction de la connaissance (V. *infra*, nos 192 et s.), en cela que l'interprète identifie un contenu à la norme que celle contient de manière intrinsèque, à l'inverse de la conception réaliste pour laquelle l'interprétation est une fonction de la volonté de l'interprète lui-même. Ce réalisme est différent de ce qu'on a appelé l'analyse réaliste née en France sous la plume de Saleilles, Gény et surtout René Demogue (V. *Bibl. infra*), au début du xx^e siècle essentiellement, pour proposer une méthode d'interprétation nouvelle susceptible de « socialiser » le droit, non pas dans le but d'une révolution souterraine, bien au contraire, mais simplement pour tenter de sauver les fondements de la société française, ébranlée par les excès du libéralisme du xix^e siècle : « par le Code civil mais au-delà du Code civil » comme l'indiquait la préface de Saleilles à l'ouvrage de Gény. La méthode eut un retentissement considérable... aux États-Unis avant de revenir en France sous la forme de la théorie réaliste de l'interprétation (V. *supra*, n° 59 et *infra*, n° 197).

§ 2. - LA COUTUME, LES USAGES, LA PRATIQUE

168. - Abrogation des coutumes ? La coutume est sans doute la source de droit la plus mystérieuse. Elle aurait pu disparaître en tant que source et en tant que règle dès la promulgation du Code civil en 1804. Le Code civil avait en effet aboli l'ensemble des nombreuses coutumes de l'Ancien droit qui avaient, d'ailleurs, été rédigées à la suite d'une ordonnance royale de Montils-lès-Tours de Charles VII en 1454, et au cours du ^{xvi}^e siècle. Le droit coutumier était donc, à la veille de la promulgation du Code civil, déjà un droit qui n'était plus réellement un droit transformé, un droit écrit mais un droit inscrit dans la tradition romano-canonique et interprété comme tel. L'article 7 de la loi du 21 mars 1804 disposait en effet : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, 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 ». Ce n'était donc pas une abrogation générale de l'Ancien droit ou des coutumes, de telle manière que dans les matières qui ne sont pas celles des lois qui composent le Code civil, les lois romaines, ordonnances, coutumes, etc., auraient subsisté. Cette logique apparente de survie du droit ancien a cependant échoué du fait de la force de l'esprit de la Révolution et des temps nouveaux qu'elle proposait dont le Code civil était l'un des piliers sauf s'agissant des coutumes, des usages, des pratiques, comme si cette technique de production des normes était insusceptible d'être contrôlée.

Par ailleurs, la Constitution ignore la coutume, vide qui devrait l'évincer, selon la conception kelsénienne de la hiérarchie des normes (V. *infra*, n^{os} 263 et s.). La coutume a subsisté en raison, notamment, de sa force dans les anciens pays de droit coutumier, du nord par opposition aux pays de droit écrit, du sud de la France, mais aussi par une forme de tradition, voire d'habitudes, qui fondent d'ailleurs la réalité de ces règles comme normes juridiques. La définition de la coutume, des usages, de la pratique, disons pour les englober du droit coutumier même si des distinctions s'imposent (A), permettra de mesurer sa force actuelle par rapport à la loi (B).

A - La définition du droit coutumier

169. - Résurgence, identification et éléments constitutifs. La « coutume », les « usages », la « pratique », les formules sont diverses pour envisager des techniques alternatives aux normes juridiques traditionnelles que sont les lois ou la jurisprudence pour désigner des habitudes des justiciables *dont ils ont le sentiment qu'elles sont des règles*.

La « **pratique** » correspond essentiellement aux habitudes des professionnels du droit, des notaires, des avocats, des juges, voire de l'administration qui doivent interpréter des règles de droit pour les rendre efficaces, non point de manière abstraite, générale ou normative mais de manière très concrète, afin de satisfaire des « besoins de droit », des « consommateurs de droit ».

La pratique juridique, celles des notaires ou des avocats, ou judiciaire, est un ensemble de techniques juridiques utilisées pour mettre en œuvre les règles de droit. La pratique des notaires est usuellement citée en raison de sa très grande homogénéité, la pratique contractuelle, sociétaire, les techniques des « montages juridiques », etc., forment un ensemble de savoirs considérables qui vise d'une part à proposer des interprétations de la loi, mais surtout d'ailleurs *au-delà* de la loi, notamment dans tous les domaines dans lesquels la loi est supplétive : la technique contractuelle, notamment dans les contrats d'affaires et les contrats internationaux, la pratique sociétaire, etc., qui fondent un ensemble gigantesque de pratiques, de formules, d'habitudes à côté de la loi, sous le contrôle de leur validité, au besoin.

Aucun effet juridique particulier n'est attaché à ces pratiques, quand bien même seraient-elles standardisées à l'échelle d'une profession, comme ce peut-être le cas des avocats et surtout des notaires, de sorte qu'elles doivent, par prudence, être systématiquement éprouvées à l'aune de la validité ou de l'efficacité de ces pratiques. Pour autant ces pratiques, souvent élaborées dans le champ des règles supplétives ou en l'absence de réglementation particulière, connaissent un grand succès. Par exemple, les « certificats de concubinage », comme d'autres « actes de notoriété » sont rédigés par les notaires, par exemple pour obtenir un avantage fiscal, dans un domaine forgé par la liberté individuelle.

La « pratique de l'administration » peut ainsi être distinguée de la « doctrine administrative », laquelle est faite de textes dont l'objectif est de fournir un cadre d'interprétation des règles de droit à l'administration, de manière transparente. Pour autant la pratique de l'administration, comme la pratique judiciaire, qui ne se confond pas avec la jurisprudence est essentielle à connaître. Savoir comment les juges, par exemple, interprètent les lois revient à mesurer la pratique d'interprétation ou d'application des juges. Choisisent-ils systématiquement une interprétation restrictive, ou large au contraire, sont-ils laxistes ou sévères, courageux ou soumis ? On observe sur le long terme que la pratique est plutôt celle du « juste » milieu, avec un certain nombre de variables, dans les domaines comme le droit social, le droit de la famille, le droit pénal, avec quelques surprises d'ailleurs. Ainsi, le taux de « résistance » de la magistrature pendant l'Occupation fut faible, comme fut élevée la sévérité des juges pendant la période des « gilets jaunes », etc. La connaissance de cette pratique, qui peut d'ailleurs être localisée, la pratique de tel tribunal, de tel juge : c'est d'ailleurs l'un des enjeux de la numérisation de la justice.

Pratique... et droit, ou théorie : les étudiants en droit qui quittent l'université, quel que soit leur niveau d'ailleurs, se heurtent à un mur professionnel, celui de la « pratique ». Les plus brillants praticiens comprennent que la « pratique » du droit est une expérience, un ensemble de tours de main, de savoir-faire, en relation étroite avec la « théorie », c'est-à-dire la mise en abyme, en logique, en perspectives (de théorie du droit proprement dite, d'analogies, de droit comparé, etc.) qu'on ne confondra pas avec le droit abstrait, le *law in book* : c'est d'ailleurs l'association théorie et pratique qui signale les meilleurs juristes et évite l'écueil, précisément, de l'abstraction.

La connaissance de la « pratique » (ou des usages, ici artificiellement distingués) permet en effet de saisir le fait que le droit ne se résume par aux règles étatiques (disons légales) et à leur connaissance, mais, au-delà, s'étend à des règles nées de comportements sociaux, d'attitudes psychologiques, et surtout que le droit participe d'un fonctionnement des groupes qui permet de donner corps à l'idée du pluralisme juridique.

La pratique est d'ailleurs parfois mise en avant, à travers l'identification de « bonnes pratiques », parfois érigées en guides, chartes, codes de bonnes pratiques, établies par des professionnels ou par des autorités (cf. C. com., art. L. 441-1, en matière de « pratiques commerciales », L. 821-1, en matière de « pratiques comptables », Règl. gén. AMF, art. 612-1, à propos des pratiques financières, etc.). L'ensemble s'accroît, notamment avec le renforcement de la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale, etc., et qui, en identifiant des techniques de *conformité* (à la loi) ou de *compliance*, cherchent à prévenir les comportements illicites. Les différents codes de bonne conduite, de déontologie ou d'éthique dont l'importance et le nombre s'accroissent de manière considérable sont des documents qui, lorsqu'ils sont proposés de manière *unilatérale*, par une entreprise notamment, se présentent de manière voisine, en ce qu'ils identifient un certain nombre de « bonnes pratiques », alors opposables à celui qui les édicte, et ce faisant, en creux, un certain nombre de mauvaises pratiques.

Les **usages** et la coutume relèvent d'un ensemble distinct. Ils correspondent à des habitudes de comportement des justiciables eux-mêmes qui devraient, en toute logique, être rangées dans le même sens que la « pratique », qui peuvent présenter une force normative en fonction de leurs qualités objectives et subjectives (V. P. Mousseron, *Introduction*, in *Les usages, l'autre droit de l'entreprise*, LexisNexis, 2014, p. 7).

Les usages, par ailleurs, ne sont pas spécialement juridiques et sont principalement non écrits, ce qui ne participe pas à l'acceptation des usages par les juristes. En revanche, il s'agit d'une masse de règles considérable qui, juridiques ou non, rythme nos vies, nous définit, nous permet de nous rassembler et en même temps de nous différencier, etc. Les usages professionnels renvoient à des comportements d'une profession, d'un secteur ; ils se distinguent alors difficilement des pratiques professionnelles. Parmi ceux-ci, les *usages du commerce international* sont considérés comme des sources matérielles du droit du commerce international. Les usages de la vie courante constituent ce que l'on désignait autrefois comme les *bonnes mœurs*, terme démodé, mais qui renvoie, en lui-même, à l'ensemble de ces pratiques et usages, dont les règles de courtoisie, ou les *bonnes manières*, elles-mêmes non généralisées, ne sont qu'une composante.

170. - Spécificité de la coutume. La **coutume** se présente comme un usage ou un ensemble d'usages qui deviennent des normes juridiques à travers la réunion de deux éléments, un *élément matériel* ou *objectif* et un *élément psychologique*.

L'**élément matériel** de la coutume est la répétition d'un comportement par un milieu social, une profession, une catégorie de personnes. C'est, donc, un usage, une pratique qui avec le temps tend à devenir constant (« une fois n'est pas coutume »). L'**élément psychologique** de la coutume peut, alors, se manifester. Cet usage répété, ancien, constant devient obligatoire dans la conscience de ceux qui la respectent comme si la contrainte liée à son application lui était inhérente. Cet élément psychologique se mue, alors, en un *élément normatif* qui procède de ce que l'on nomme l'*opinio juris*, c'est-à-dire le sentiment que le comportement respecté est obligatoire, sans savoir l'origine de ce caractère obligatoire. Or ce sentiment existe mais en même temps, aucune norme véritable ne l'impose, ni loi, ni jurisprudence. De cette contradiction procède l'existence et la reconnaissance d'une norme susceptible d'accueillir cette *opinio juris*, c'est la coutume. Par exemple, lorsqu'une femme se marie, elle prend le nom de son mari. Aucun texte de loi ne l'impose ; il s'agit de l'une des coutumes les plus couramment appliquées même si, depuis 1975, cette règle pourrait se déduire d'une interprétation *a fortiori* de l'article 264, alinéa 1^{er}, du Code civil : « à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », c'est donc que l'un des deux, la femme, l'avait perdu. De même lorsque deux commerçants contractent, ensemble, avec une troisième personne, ils sont présumés s'engager solidairement. L'article 1202 du Code civil dispose au contraire que la solidarité n'est jamais présumée ; une clause expresse doit l'envisager, sauf si une loi prévoit le contraire. Or en matière commerciale, la solidarité est présumée mais aucune loi ne le prévoit, sinon, sans doute, en raison d'une coutume en ce sens.

Plus complexe est la question des *coutumes constitutionnelles* qui sont par hypothèses des *pratiques constitutionnelles*, la manière d'appliquer la Constitution entre les institutions de la République. Par exemple, la Constitution de la III^e République offrait au président la faculté de dissoudre le parlement, mais c'est le fait d'y renoncer, qui devint une véritable règle, qui provoqua le régime d'Assemblée de la III^e.

En revanche, les *coutumes internationales* sont usuellement considérées comme des normes. Là encore il s'agit de pratiques des États, mais qui prennent une place importante du fait des lacunes du droit international conventionnel et reconnue comme telle par la Cour internationale de justice.

La coutume se distingue, alors, des simples *usages*, des règles de comportement, même si leur importance est très grande, notamment en matière commerciale. Les usages peuvent ainsi apparaître comme des règles de droit par délégation de la loi, par exemple quand un texte renvoie pour son application aux usages locaux. L'article 1194 (ex-art. 1135) du Code civil réfère aux usages pour connaître le contenu d'un contrat, par une interprétation de la volonté implicite des parties à ce contrat : il s'agit alors d'*usages conventionnels* qui ne sont rien d'autre que des modalités du contrat, des règles contractuelles qui se généralisent entre deux parties ou bien au sein d'un groupe.

171. - Critique de la reconnaissance du droit coutumier. Un système légal comme le système juridique français, fondé sur la promulgation du Code civil, se méfie, par hypothèse, des coutumes, des usages, des pratiques qui étaient le mode ordinaire de régulation de l'Ancien Régime, que le roi ne pouvait modifier, échappant donc à la volonté générale. Cet ensemble de règles traduit également une conception de la norme juridique radicalement opposée à celle de la loi. La loi est une norme adoptée par le souverain, quel que soit son mode d'adoption, susceptible de modifier en profondeur et de manière large des pans entiers de droit. À l'inverse, la coutume, les usages relèvent du temps long, de la répétition, et ce faisant participent d'un mode d'adoption qui vient des destinataires de la norme.

La « résurrection » de la coutume comme norme correspond à l'émancipation allemande du modèle français au XIX^e siècle, l'École historique.

Plusieurs éléments de critique apparaissent alors contre l'admission de la coutume comme une norme juridique ordinaire.

La première, qui n'est pas très convaincante, repose sur l'apparente impossibilité de créer des coutumes nouvelles, puisque celles-ci ont été abrogées par le Code civil et la loi a, apparemment, le monopole de la création du droit.

Surtout, la question se pose de l'observation de la coutume et de son caractère obligatoire dans l'ordre juridique étatique français. Née de la pratique, par définition étrangère à toute autorité déclarative, comment la coutume peut-elle accéder au rang des sources du droit, sinon par son admission par une autorité légitime ? Édouard Lambert, au début du siècle, estimait que le juge était cette autorité. En recevant la coutume, le juge lui conférerait son caractère obligatoire. Mais c'est alors que la coutume ne présente aucun caractère obligatoire en elle-même. Seule la réception par la jurisprudence lui confère son autorité. Par conséquent, la coutume ne serait pas une source de droit.

En réalité, on s'aperçoit que l'on peut dissocier l'autorité de la coutume, mais aussi des usages, des pratiques, dans l'ordre juridique particulier dans lesquels ils s'installent et la reconnaissance par la jurisprudence de cette autorité dans l'ordre juridique étatique. Par exemple, la contre-passation par le banquier des effets de commerce impayés est une coutume bancaire depuis longtemps. Pourtant, la jurisprudence avait refusé pendant un siècle (entre 1838 et 1937) de conférer un quelconque effet juridique à cette coutume, mais n'empêchant nullement sa prospérité. De même les règles de déontologie, y compris celles posées par une voie réglementaire, comme pour les avocats ou les médecins, peuvent envisager et sanctionner des comportements, de courtoisie professionnelle par exemple, qui ne le seraient pas dans l'ordre juridique étatique,

La question se pose également de savoir si la coutume procède effectivement des justiciables, des citoyens ou des juristes qui les identifient ou les construisent. Dans l'un ou l'autre cas, sa légitimité est différente. Carbonnier fait une différence entre les coutumes d'origine populaire et les coutumes d'origine savante, comme les grandes maximes du droit français ou les *principes généraux du droit* tels le principe de l'enrichissement sans cause, issu de la jurisprudence, ou le principe *infans conceptus pro nato habetur*, repris depuis dans l'article 725 du Code civil ou

encore les principes directeurs du procès qui figurent dans le Code de procédure civile (mais ce ne sont alors plus des coutumes).

Enfin, la critique de la formation progressive de la coutume par lente maturation d'un usage passé par l'épreuve du temps trouve sa limite dans un exemple récent. En 1968, les accords de Grenelle avaient mis fin aux grèves de mai 1968. Pourtant, ces accords ne furent pas signés mais furent appliqués par toutes les parties. Comment le justifier ? Un auteur proposa l'idée de la formation instantanée d'une coutume, par l'élaboration immédiate de l'*opinio juris* découlant de ce texte.

B - L'autorité du droit coutumier

172. - Typologie des coutumes. Pour certains, la coutume est imprécise et particulariste puisqu'elle varie selon les lieux. Au contraire, la loi serait précise, certaine et de formation rapide. La présentation est caricaturale, ne serait-ce que parce la loi elle-même ne s'applique pas uniformément sur tout le territoire quand des coutumes sont internationales. Pourtant, d'autres estiment que la règle coutumière, puisqu'elle est issue directement du peuple, répondrait exactement à ses attentes. Dès lors, on assiste à une certaine survivance de la coutume, dont l'autorité s'affirme en principe par elle-même et est parfois consacrée par la jurisprudence. On constate l'existence de trois types de coutumes.

173. - Coutume et usages *secundum legem*. Les usages ou la coutume *secundum legem* se voient reconnaître un rôle par la loi elle-même, comme lorsque la loi renvoie à des usages pour son application ou aux notions de bonnes mœurs (C. civ., art. 6, 900,) ou du bon père de famille (C. civ., art. 450, 1728-1^o) ou lorsque la loi s'écartere pour laisser place à une coutume comme en matière de corrida, admises où une tradition taurine ininterrompue est constatée. La coutume a alors la même autorité qu'une loi supplétive. Parfois, ce renvoi n'est pas exprès mais se manifeste de façon implicite. C'est ainsi que la loi est souvent volontairement incomplète, imprécise dans les termes qu'elle emploie. L'article 6 du Code civil réfère aux « bonnes mœurs », mais que sont les bonnes mœurs en 1804 ou à la fin du xx^e siècle ? Comment les définir si ce n'est par une façon générale de les concevoir, un ensemble de considération sur un mode de vie, des usages, une coutume ? De même, de nombreux textes de loi utilisent des notions non juridiques dont le contenu n'est pas défini, comme les termes raisonnable (par ex., le préavis raisonnable qu'un contractant doit respecter pour rompre un contrat à durée indéterminée), suffisant, notoire, sérieux, abusif, grave, etc. Ou bien encore, la loi renvoie à des notions juridiques mais non définies comme l'intérêt de la famille (V. C. civ., art. 219) ou bien la faute, la fraude, la force majeure, la bonne (ou la mauvaise) foi, l'abus, etc. Toutes ces notions constituent en réalité des standards juridiques (V. *supra*, n^{os} 32 et 63).

174. - Coutume et usages *praeter legem*. Les usages et coutumes *praeter legem* (complétant la loi) existent sans renvoi de la loi, en l'absence de règles légales : ces coutumes, ces usages révèlent leur existence comme source de droit précisément en raison du silence de la loi. Ainsi en est-il de la coutume du port du nom du mari par sa femme, celle des actes de notoriété établis pour établir sa qualité d'héritier ou des certificats de concubinage, ou bien encore les coutumes du droit du commerce international qui créent une sorte de loi internationale des marchands, la *lex mercatoria*.

175. - Coutume et usages *contra legem*, les pratiques illégales. Cette situation est, dans une conception légicentriste, ambiguë. Les coutumes ou les usages *contra legem* révèlent en effet des comportements qui, par hypothèse, sont susceptibles d'aller à l'encontre de la loi, qui plus est impérative, comme la règle de la solidarité en matière commerciale (C. civ., art. 1310) ou celle qui permet, toujours en matière commerciale, de capitaliser des intérêts sur des intérêts contrairement au Code civil qui interdit un tel anatocisme (C. civ., art. 1343-2). En principe, la loi supprime la

coutume *contra legem*, alors pratique illégale, constatée par le juge civil, pénal, administratif, à ceci près que, hormis le cas de la décision administrative qui dispose d'en effet général, dans les autres cas, une condamnation signale l'illégalité d'une pratique, sans y mettre nécessairement fin. L'existence de ces coutumes a pu être discutée en raison de l'autorité, au moins politique, de la loi. Ces coutumes présentent cependant l'intérêt de poser le problème de l'inapplication de la loi : désuétude et disparition de la loi remplacée par une coutume *praeter legem* ou bien abrogation de la loi par une coutume *contra legem* ? C'est bien là tout le débat, surtout s'il convient, en outre, qu'un juge le constate. La question n'est pas inédite, bien au contraire : elle révèle le champ des pratiques qui identifient, en négatif, des lois tombées en obsolescence soit par l'effet du temps, soit par une résistance plus ou moins identifiée, par exemple l'obligation d'informer les consommateurs en langue française, à l'heure de l'Internet généralisé.

§ 3. - LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

176. - **Notion de principe général du droit.** « Qui fait l'enfant doit le nourrir », « Il n'est d'héritier qui veut », « Force n'est pas droit », « Qui peut et n'empêche pêche », *Fraus omnia corrumpit*, etc. Nombreux sont les adages, par exemple de Loysel (*Institutes coutumières*, 1607), fortement présents dans l'Ancien droit qui ressemblent à des proverbes juridiques participant de la catégorie des « principes du droit ».

Cette notion est difficile à classer parmi les normes juridiques, à supposer d'ailleurs que cette catégorie soit définissable et susceptible d'être rangée dans la catégorie des normes, car se pose alors la question de la source de ces normes. Si on admet en effet qu'il convient de distinguer la source de la norme et la norme elle-même, on doit bien considérer les principes généraux comme très originaux, dans la mesure où ils ne se rattachent pas de manière immédiate et directe à une source traditionnelle, loi, jurisprudence ou coutume. La question pourrait même se poser si la source de ces principes n'est pas à rechercher dans une considération de droit naturel. Par exemple, l'affirmation d'un principe de l'indisponibilité du corps humain par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991 n'est pas la mise en œuvre d'un principe légal. Celui-ci ne fut consacré qu'en 1994 par la loi. Il repose difficilement sur une coutume mais on peut considérer, dans une conception qui donne corps à la source jurisprudentielle, que ce principe est une norme d'origine jurisprudentielle créée à l'occasion de ce litige par le juge. Les principes généraux, comme normes, trouveraient donc leur source dans des sources existantes, comme les sources légales, la source jurisprudentielle, voire la source coutumière.

De tels principes, généraux ou non, se rencontrent dans presque toutes les matières sous forme d'adages ou de règles supérieures (principe de légalité des délits et des peines, principe d'égalité...) sans que l'on ait toujours une définition précise de ces principes généraux, absents du Code civil, par nature rebelles à toute définition (V. Bibl. *infra*, et not. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999).

Par ailleurs, certaines règles identifient expressément de tels principes, comme le Préambule de la Constitution de 1946 qui vise les *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFRLR), catégorie particulière de principes généraux de valeur constitutionnelle, dont l'autorité est particulièrement affirmée par le Conseil constitutionnel, qui en outre révèle ces principes : liberté d'association, liberté d'enseignement, et notamment de l'enseignement supérieur, droits de la défense, liberté de conscience, etc. Il s'agit là de principes qui ont été exprimés par des lois de la République et adoptés avant 1946, dont le principe de libre association, tiré de la loi de 1901, celui de laïcité tiré de la loi de 1905, etc.

D'autres types de principes sont également expressément désignés comme des « principes », comme les « principes directeurs ». Le cas le plus typique est celui des règles de procédure civile alors que le Code de procédure civile commence par un ensemble de règles désignées comme les « principes directeurs du procès ». De même, l'un des projets de réforme du droit des contrats dans le Code civil proposait également de commencer par l'énoncé d'un certain nombre de tels « principes directeurs ». On observera en revanche que le Code pénal commence par un corps de règles intitulées « principes généraux ».

Un autre ensemble, plus flou, est désigné comme intégrant la catégorie des *principes généraux du droit*. Ils sont identifiés par le juge, souvent dans un arrêt d'une certaine portée dont l'autorité est immédiatement dégagée. Ils peuvent résulter de l'observation d'un ensemble de règles ou se laissent deviner d'un texte ou d'une règle particulière. C'est par exemple le cas du « principe de liberté contractuelle », qui n'était pas formalisé expressément comme tel dans le Code civil ou dans une loi quelconque, mais qui se devinait de la lecture d'un ensemble de règles du Code civil (V. C. civ., anciens art. 6, 1123, 1128, 1134) et qui est désormais une règle, posée à l'article 1102 du Code civil. On trouve même le renvoi à ce principe au détour d'un texte relatif au droit de la vente : l'article 1584 du Code civil vise ainsi les « principes généraux des conventions ». D'autres enfin ne se retrouvent dans aucun texte et sont pourtant reconnus comme des règles comme l'avait affirmé le Conseil d'État (V. CE, 26 oct. 1945, *Avanne* : D. 1946, 2, p. 158, note G. Morange) pour identifier une règle générale à partir de laquelle on pourra déduire un ensemble de solutions « applicables même en l'absence de textes » ou la Cour de justice des Communautés européennes ou encore la Cour de cassation dans le fameux arrêt *Boudier* du 15 juin 1892 qui avait consacré l'action en enrichissement, inconnue du Code civil, à partir du « principe d'équité ». C'est encore le cas de la question de l'apparence en droit, tirée du principe *Error communis facit jus* et qui permet de traiter des questions reposant par exemple sur le mandat de fait ou apparent.

On pourra alors définir – ou décrire – un principe général comme une notion ou un concept juridique qui permet de renvoyer à des règles de droit particulières de façon à corriger l'application trop rigide ou excessive d'un texte de loi.

Les difficultés sont alors multiples.

La première serait de pouvoir dresser un inventaire des principes généraux du droit, mais on observerait alors que des principes généraux nouveaux apparaissent parfois, en jurisprudence le plus souvent. Il en est par exemple du principe de l'indisponibilité de l'état de la personne apparu dans la jurisprudence pénale du XIX^e siècle ou bien dans l'arrêt sur les mères porteuses du 31 mai 1991 (Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin) en jurisprudence, dans la loi (principe de parité, principe de précaution).

Plus difficile est la tentative de déterminer les conditions d'existence d'un principe général. Ainsi, « la généralité d'un principe est différente de celle d'une règle, en ce sens que cette dernière s'applique à toutes les situations qu'elle définit, tandis que le principe trouve à être mis en œuvre à travers des situations juridiques parfois fort différentes, sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui leur soit propre » : par exemple la prise en considération de la bonne foi est un principe alors que l'adage « en fait de meuble possession vaut titre » est une règle.

On pourrait cependant considérer les « principes » d'une autre manière. En effet, certains principes sont expressément identifiés comme des règles générales ayant vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses visées par ce principe, sauf exception. C'est le cas notamment des « principes directeurs du procès » du Code de procédure civile.

La plupart des autres « principes généraux du droit », en revanche, sont identifiés par une décision d'une cour souveraine : ils résultent donc d'une logique d'interprétation.

Avant l'arrêt sur les mères porteuses, par exemple, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et le principe de l'indisponibilité du corps humain n'existaient pas. Ils ont été identifiés dans l'arrêt du 31 mai 1991 et, ensuite, repris dans la loi bioéthique de 1994 pour être intégrés dans le Code civil. La *fonction* de ces principes était bien de traiter une question majeure, *en l'absence de règle*: les conventions dites de « mère porteuse » sont-elles licites ? L'identification du principe permet alors une solution, ici négative. La question qui se pose est alors celle de l'*origine* du principe. Une première formulation, classique et partagée de manière très majoritaire, considère que le principe préexistait et que le juge l'a reconnu. De cette manière, le juge ne fait que « découvrir » une règle, appelée principe, qui préexistait à la solution. Ce faisant, cette présentation valide l'idée que le droit s'inscrit dans une logique cohérente et complète : en présence d'une règle peu claire ou en l'absence de règle, il existerait ainsi des « principes » à découvrir. Ronald Dworkin, un philosophe américain du droit (*Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1997) considère même que la fonction du juge est précisément de repérer et de mettre en œuvre ces principes, afin de rendre une solution *juste*. Les principes permettraient ainsi de corriger des situations particulières et éviteraient de considérer que les décisions du juge sont arbitraires, au sens où elles seraient aléatoires : le devoir du juge est de rechercher ces principes. Outre le fait que cette découverte s'effectue elle-même sur la base de « principes » ou « maximes » d'interprétation (V. *infra*, nos 273 et s.) qui ne sont pas posés par la loi, et le fait que cela inscrit l'identification des principes dans une logique jusnaturaliste, il demeure qu'elle présente l'interprétation et l'identification du principe par le juge comme une *conséquence* d'une règle *préexistante*, alors même que la règle, précisément, n'existait pas juste avant la solution. On voit mal comment le juge pourrait *connaître* quelque chose qui n'existait pas avant qu'il le décide. Cette présentation suppose en effet une sorte de « supranormativité » par l'identification de « normes » qui guiderait, par une sorte de Pentecôte juridique, l'action du juge et qui s'inscrit dans une technique d'interprétation fondée sur une *logique de connaissance* (V. *infra*, n° 274). Une autre formulation permet de considérer, au contraire, que le principe est très souvent le signal de la liberté d'interprétation du juge : face à un cas difficile non traité par une règle antécédente, le juge *crée* une règle, qu'il appelle « principe général » afin de conférer une certaine autorité à son œuvre. Cependant, cette règle, nouvelle, repose intégralement sur la liberté d'interprétation du juge, laquelle s'inscrit dans une *logique de volonté*. Par exemple, la récente affaire *Our Body* illustre à merveille cette difficulté (Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014 : *D.* 2015, p. 246, note D. Mainguy). Une exposition « *Our Body*, à corps ouvert », très médiatisée, présentait des corps, sous la forme de cadavres polymérisés, à Paris, entre 2008 et 2009. Saisi en référé, le tribunal de grande instance de Paris avait interdit l'exposition sur le fondement de l'atteinte au respect dû aux morts, tandis que la cour d'appel avait fondé son interdiction sur l'absence de consentement avant le décès et la difficulté d'identifier l'origine de ces corps. La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 septembre 2010, précisait, en revanche, comme le juge de première instance, que, « aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du Code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence » (Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, n° 09-67.456 : *D.* 2010, p. 2157, obs. C. Le Douaron, p. 2750, note G. Loiseau, 2754, note B. Edelman ; *D.* 2011, p. 780, obs. E. Dreyer ; *JCP G* 2010, n° 1239, note B. Marrion). En effet, une loi du 19 décembre 2008 avait introduit un article 16-1-1 dans le Code civil selon lequel : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Par conséquent, les conventions conclues à propos de cette exposition seraient illicites, par exemple le contrat d'assurance souscrit par

l'organisateur de l'exposition. Toutefois, l'article 16-1-1 du Code civil résulte d'une loi du 19 décembre 2008, postérieure à la conclusion des contrats d'assurance. Par conséquent, selon les auteurs du pourvoi, le contrat d'assurance ne pouvait être considéré comme nul. La Cour de cassation les considérait cependant comme nul : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil ». On voit la difficulté : comment un « principe » pourrait-il « préexister » à une loi qui pose ce principe, sinon à travers une jurisprudence, qui, avant la loi, en décidait ainsi, et que la cour déguise en « principe » (CE, 2 juill. 1993, n° 124960 : *D.* 1994, p. 74, note J.-M. Peyrical, p. 352, chron. G. Lebreton ; *AJDA* 1993, p. 579, p. 530, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; *RFDA* 1993, 1002, concl. D. Kessler ; *JCP G* 1993, II, 22133, note P. Gonod).

§ 4. - LA DOCTRINE

177. - Définition. « Doctrine, le mot est magnifique : il désigne le savoir, qui n'existe que par l'écoute des autres et la conviction que dans toute opinion, même erronée, il y a une part de vérité. La doctrine n'est vivante que si elle est ouverte », écrivait Philippe Malaurie (V. Ph. Malaurie, *La pensée juridique du droit civil au xx^e siècle* : *JCP G* 2001, I, 283). Traditionnellement, la doctrine est définie comme les opinions émises sur le droit par des personnes qui ont pour fonction de l'étudier, les docteurs (professeurs, magistrats, avocats...) ou l'opinion de tel ou tel sur une question particulière (V. Bibl. *infra*, et not. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine, op. cit.*).

Très souvent, cependant, la doctrine – le terme est postérieur au Code civil, avant on parlait de jurisconsultes – est ramenée au monde des universitaires, des professeurs, qui tentent d'expliquer, de comprendre le droit à travers des thèses, des monographies, des traités, des manuels, des articles, des notes d'arrêts, des conférences, leurs cours, etc.

Ce rôle est essentiel car il permet de proposer des constructions cohérentes, des critiques, des vues générales du droit et l'on pourrait distinguer la *doctrine cognitive* de la *doctrine critique*, la première pouvant être considérée comme une autorité parce qu'elle s'attache à la compréhension des règles juridiques et l'on a vu son influence sur le phénomène de la jurisprudence, comme la seconde, émetteur d'opinions selon divers critères : celui de la logique ou celui de l'opportunité proposant des réformes législatives ou jurisprudentielles (d'où les classiques expressions *de lege lata*, *de lege ferenda* opposant la loi faite et la loi à faire).

Cette distinction est presque aussi vieille que le droit lui-même, spécialement dans notre système juridique (V. les éclairantes analyses de F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil* : *D.* 2002, chron. p. 15). Les jurisconsultes romains de la fin de l'Empire ont préfiguré les professeurs d'aujourd'hui en compilant la *jurisprudentia* ; les romanistes médiévaux l'ont redécouverte et diffusée, soit comme glossateurs soit comme post-glossateurs, les jusnaturalistes du xviii^e siècle l'ont rationalisée, les exégètes l'ont magnifiée, puis, les auteurs du xx^e siècle, et surtout Ripert, ont associé à l'étude de la jurisprudence, un certain nombre de principes *considérés comme* intangibles, parce que remontant au droit romain, etc., les *principes généraux du droit*, figeant ainsi le droit par l'appel à ces règles coutumière et transcendant les lois.

La doctrine n'est alors pas confondue avec la *pensée juridique* (V. Bibl. *infra*) qui transcende la doctrine et qui peut apparaître comme *une* doctrine.

Longtemps, la doctrine fut dominée par l'*École de l'exégèse*, en une technique d'interprétation du Code civil qui noyait la doctrine dans la simple contemplation du Code civil : Bugnet écrivait ainsi « je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le

Code Napoléon ». Cette école est marquée par le culte de la loi, le principe de la plénitude de la loi écrite selon lequel tout le droit est contenu dans la loi écrite, c'est-à-dire, essentiellement, dans le Code civil (V. Bibl. *infra*, et Ph. Rémy, *Éloge de l'exégèse*: *Droits* 1995, n° 1, p. 115). Cette « École » triomphe, au moins jusqu'à la fin du siècle dernier, alors qu'une nouvelle école, dite école scientifique, apparaissait avec François Gény (V. *supra*, n°s 156 et s., et *infra*, n° 276). En toute hypothèse, cette place importante, qui peut même être quasi exclusive (par exemple en Allemagne où on évoque le *ProfessorenRecht*), repose sur une tradition d'explication et de mise en ordre du droit romain, d'abord, des coutumes ensuite, du droit français ensuite et enfin des lois. Il en résulte une présentation du droit reposant sur des techniques d'exposition fondées sur des canons de cohérence et de complétude du droit. Dans les pays de *Common Law* en revanche, fondée sur la succession et l'articulation des *précédents*, des décisions de justice, la « doctrine » est plus composite, mêlant l'opinion des juges, des professeurs, des avocats. On retrouve d'ailleurs, en droit français, cette plus large composition dans les droits plus jurisprudentiels comme le droit administratif où l'autorité des *commissaires du gouvernement* aujourd'hui appelés *rapporteurs publics* est considérable, ou le droit des contrats.

178. - Autorité. La doctrine n'est pas une source de droit, du moins en droit français contemporain. Le droit romain, au contraire, faisait une grande place à la doctrine. Les consultations ou les opinions des jurisconsultes pouvaient se voir reconnaître valeur officielle par l'empereur. Ainsi, les *Institutes* étaient largement composées de positions doctrinales sur le droit civil. Aujourd'hui encore, la doctrine peut se voir reconnaître une certaine valeur en droit international public, selon les statuts de la Cour internationale de justice du 16 décembre 1920.

Il demeure, cependant, que la doctrine n'est pas considérée comme une source mais comme une autorité du droit. Elle serait même la « littérature du droit » selon Carbonnier, ce qui donne beaucoup de crédit à la qualité littéraire de l'écriture du droit. On voit mal d'ailleurs comment il pourrait en être autrement alors que la doctrine est le plus souvent divisée et alors que la doctrine ne recouvre pas l'opinion de tous les docteurs : comment, dans ces conditions, dire que la doctrine pense ceci, critique cela ? Il faudrait distinguer entre la doctrine isolée, la doctrine minoritaire et la doctrine majoritaire mais selon des critères difficiles : le nombre ou la qualité des écrits ou des auteurs, la doctrine *pro* et la doctrine *contra*. À bien des égards, la richesse d'un droit se mesure à l'aune de celle de sa doctrine. Les auteurs dissertent, argumentent *pro* et *contra*, provoquent des querelles de doctrine, sous l'influence de conception qui sont les leurs, sans jamais, être neutre. C'est d'ailleurs l'une des difficultés du travail doctrinal : toute pensée juridique est politique, s'inscrit dans une logique d'ensemble, qu'il ne faut point oublier (pour un exemple tragique, V. D. Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, qui cite, entre autres, les nombreux commentaires, neutres, des lois antisémites de Vichy).

Si la doctrine n'établit pas de norme, si elle n'est pas une source de droit, elle a cependant un rôle considérable dans l'interprétation des normes. Ce faisant, la doctrine fournit ce que Kelsen et la théorie du droit désignent comme des « propositions de normes » ou propositions de droit. Ainsi, pour une règle déterminée, plusieurs interprétations sont possibles. L'interprétation finalement retenue par la Cour souveraine est désignée comme une *interprétation authentique*, c'est l'interprétation qui fait la norme applicable. En revanche, avant cette décision, une concurrence d'interprétations dérive des explications données par la doctrine qui formule des propositions de norme applicable, des *interprétations scientifiques*, pour reprendre la terminologie choisie par Kelsen.

La question n'est pas sans redondance avec la théorie du droit : au fond, la doctrine est soit, comme précédemment évoqué, un ensemble d'auteurs plus ou

moins avisés, qui pensent de manière autonome, soit, au contraire, une entité, un « groupe » comme le préciseraient les politistes, homogène, globalement soudé, qui fait corps avec le système étudié. Plus on admettra, alors, l'autonomie de la jurisprudence, et moins on considérera le droit comme un tout, et plus la doctrine pourra avoir de l'importance.

179. - Influence. La doctrine n'est, cependant, pas sans influence sur les personnes qui élaborent le droit, avocats, juges, légistes qui utilisent (parfois) les classifications, les opinions, les critiques, les explications, les éclaircissements, les propositions, etc., de la doctrine : si la doctrine n'est pas une source de droit en ce qu'elle n'énonce pas de règles de droit, elle est une autorité majeure et incontestable du droit tant pour l'élaboration que pour l'application du droit. Cette influence se manifeste par le travail de la doctrine, organisée dans une œuvre d'ampleur de présentation savante du droit applicable, dans les *encyclopédies*, les *traités* ou les *manuels*, mais également dans les thèses, ou dans les articles de doctrine diffusés notamment dans les revues juridiques. De ce point de vue, l'influence de la doctrine est diffuse. D'abord en raison de la difficulté de l'accès à la doctrine juridique : elle ne se résume pas à un ouvrage ou un article, mais à un ensemble, de telle manière que l'accès à ce savoir suppose un apprentissage, dans les facultés de droit pour l'essentiel. En outre, elle se diffuse en raison de la multiplicité des techniques d'extériorisation de la doctrine, notamment lorsqu'elle réagit à l'actualité, au point d'être menacée d'asphyxie (V. *infra*, D. Bureau et N. Molfessis, *L'asphyxie doctrinale* : *Mél. B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45). Enfin, elle est par nature diverse, s'agissant de proposer des solutions techniques à un cas particulier, des interprétations divergentes, de se fonder sur des valeurs elles-mêmes divergentes.

Par conséquent, la doctrine, en tant qu'autorité ne propose pas une solution directement utilisable, unique et garantie à un problème donné : elle propose, par de multiples façons, un ensemble d'*opinions*, de propositions de norme applicable, qui, prises isolément sont soit des explications soit des spéculations, mais qui permettent de définir une *argumentation* à présenter à celui qui fera la norme, le législateur ou le juge. Plus largement, c'est un lieu commun que d'affirmer que la doctrine exerce une certaine influence, mal définie, sur la législation, inspirant telle modification, telle réforme, qui est souvent le signe d'une consécration pour l'auteur ainsi placé en exergue. On cite souvent le cas, parmi de nombreux, de l'influence du doyen Carbonnier, inspirateur de toutes les grandes réformes du Code civil sur la filiation, les incapacités, le mariage, le divorce, l'indivision ou celle du doyen Cornu sur la réforme du Nouveau Code de procédure civile, le professeur Grimaldi et la réforme récente du droit des sûretés ou des successions, etc., mais, plus largement, il est très fréquent que la doctrine, et notamment sur des sujets très techniques, soit invitée à formuler des propositions ou à participer à la rédaction d'un projet de loi ou d'amendements. Parfois, cet accompagnement s'effectue de manière *intuitus personae*, ce peut être à travers des auditions parlementaires, voire des procédures ouvertes, invitant des experts à formuler des avis, comme c'est souvent le cas du droit de l'Union européenne. Plus récemment, la doctrine, ou une partie de la doctrine, expose elle-même des propositions de réforme, qui peuvent ou non être adoptées par le législateur. Par exemple, une réforme du droit des contrats, de la responsabilité et de la prescription a été proposée par une équipe d'universitaire en 2005-2006, et la loi réformant la prescription a été adoptée en 2008. D'autres fois, ces propositions demeurent à l'état de projet et influencent de manière plus ou moins importante l'interprétation des normes, comme les projets de réforme du droit des contrats entre 2005 et 2009. Récemment également, la doctrine a formulé des travaux qui se présentent comme des présentations de règles, qui pourraient être reçues comme lois ou comme conventions internationales, mais qui, à défaut, ont vocation à servir de techniques d'interprétation, voire de loi

choisie par les contractants. C'est particulièrement le cas en droit des contrats internationaux avec les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, ou les Principes du droit européen du contrat, ou encore du « Code européen des contrats », etc.

La doctrine exerce également une influence sur la jurisprudence – et réciproquement – parce que tel auteur a procédé à une étude d'ensemble de telle institution, proposant telle ou telle modification. Il existerait ainsi un dialogue entre doctrine et juges, figuré par les formules kelséniennes des *interprétations scientifiques* guidant la voie d'une *interprétation authentique*. Là encore, les exemples sont très nombreux d'une telle influence, en droit de la responsabilité, en droit des contrats, en droit international privé par exemple. Inversement, la jurisprudence est nourrie par les commentaires de la doctrine, qui approuve ou critique.

L'idée d'une « influence » directe et efficace supposerait cependant qu'on puisse la mesurer. Cela arrive parfois, par exemple dans les *rappports* et *avis* du conseil rapporteur ou de l'avocat général, précédant une décision de jurisprudence et parfois publiés. En toute hypothèse, le juge n'est pas lié par les interprétations scientifiques, il peut choisir une interprétation non proposée par la doctrine. Par ailleurs, il choisirait une des interprétations scientifiques proposées qu'il rejetterait par là même les autres. Cette situation produit d'ailleurs grand bruit lorsque c'est la doctrine minoritaire qui est retenue. Il en résulte donc que l'influence de la doctrine est immesurable et ne dépend pas nécessairement de la « masse savante » de la doctrine (V. Bibl. *infra*).

Au final, il faut reconnaître à la doctrine son rôle : un rôle majeur mais diffus. Majeur parce que la doctrine est consubstantielle à un système juridique savant, élaboré et, donc, complexe. La compréhension et donc l'application de la loi moderne appellent un droit enseigné et généralisé. Autre est la question du discours de la doctrine sur elle-même. La doctrine a-t-elle pour objectif d'assurer la stabilité du droit comme le suggérait très fortement Ripert, est-elle une entité cohérente, avec ses codes, son mode de reproduction ? C'est une question assez essentielle : la plupart des membres qui constituent la doctrine organisent et légitiment les règles de droit, ils se présentent souvent comme des « organisateurs-chercheurs ». Organisateur car ils mettent en lumière, en ordre le droit, et chercheur car ils inventent toujours de nouvelles pistes, de nouvelles solutions. C'est une présentation sympathique et qui présente sans doute une part de vérité, mais qui est tout aussi certainement incomplète. On peut admettre ainsi que la doctrine, même si elle se divise sur certains points techniques et finalement de détail, est globalement unanime sur le système juridique pris dans sa globalité : le droit est un ensemble composite dominé par la loi et plus encore par le Code civil, le tout encadré par un certain nombre de principes généraux qui assurent sa stabilité dans sa substance et dans le temps, la jurisprudence est souvent niée comme source ou simplement murmurée comme telle, et à regret.

Dans le même temps, la doctrine est parfois « engagée » et se détache de son rôle contemplatif pour formuler des propositions ou des critiques et, ce faisant, se constitue soit un ensemble de penseurs du droit, soit un ensemble d'avocats, sans dossier, mais d'avocats ou de « super-avocats » si l'on préfère.

Bibliographie



1 ♦ OUVRAGES

- J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd. 2012.
- H. Blaise, *La dénonciation d'un usage d'entreprise par l'employeur*: *Mél. Cl. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 73.
- J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*: *Mél. G. Ripert*, 1950, t. 1, p. 51.
- J.-D. Bredin, *Remarques sur la doctrine*: *Mél. Hébraud*, Univ. Toulouse, 1991, p. 111.
- Ph. Brun, *Sources sulfureuses, remarques cursives sur l'office de la doctrine*: *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 67.
- D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992; *L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation*, in N. Molfessis (ss dir.), *la Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica*, 2004.
- D. Bureau et N. Molfessis, *L'asphyxie doctrinale*: *Mél. B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45.
- G. Canivet, *La Cour de cassation et la doctrine, effets d'optique*: *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 373.
- R. Capitant, *Le droit constitutionnel non écrit*: *Mél. F. Gény, op. cit.*, t. III, p. 1.
- S. Caudal (ss dir.), *Les principes en droit*, *Economica*, 2008.
- V. Champeil-Desplats et M. Troper, *Propositions pour une théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, ss dir. V. Champeil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzcyk, Bruylant, 2005, p. 11.
- G. Decocq, *Réflexions sur l'influence doctrinale*: *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 111.
- R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911.
- P. Deumier (ss dir.), *Le raisonnement juridique*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.
- F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899.
- Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.
- L. Le Fur, *La coutume et les principes généraux du droit, comme source du droit international public*: *Mél. F. Gény*, Sirey, Paris, 1934, t. III, p. 362.
- D. Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252.
- Ph. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*: *Mél. R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603; *Anthologie de la pensée juridique*, LGDJ, 2000.
- M.-L. Mathieu Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2000, p. 195.
- P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, éd. Panthéon-Assas, 1999.
- Th. Revet, *La légisprudence*: *Mél. Ph. Malaurie*, Defrénois, 2009, p. 377.
- M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, thèse Paris II, 1983, p. 666.
- E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUF, 1985.
- M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle*: *Mél. Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 143; *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *Interprétation et droit*, ss dir. P. Amselek, Bruylant, 1995, p. 241.
- M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, rééd. 1998.
- M. Waline, *La réception implicite de la règle jurisprudentielle*: *Mél. Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 612.

2 ♦ ARTICLES

- Ch. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*: JCP G 1984, I, 3145.
- J.-L. Aubert, M. Bandrac, A. Breton, J. Carbonnier, G. Cornu, M. Gobert, F. Terré, A. Tunc et F. Zenati, *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une notion controversée*: RTD civ. 1992, p. 337.
- L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de l'entité*: D. 1997, chron. p. 229.
- C. Bérroujon, *Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel*: RTD civ. 1995, p. 549.
- Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire, chronique d'humeur*: JCP G 1988, I, 3343.
- G. Gandolfi, *pour un Code européen des contrats*: RTD civ. 1992, p. 707.
- P.-Y. Gautier, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*: D. 2003, chron. p. 2839.
- M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*: RTD civ. 1992, p. 489.
- J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*: D. 2002, chron. p. 228.
- X. Henry, *La jurisprudence accessible. Megacode civil: théorie d'une pratique*: RRJ 1999-3, p. 631; *ibid.* 1999-4, p. 1.
- L. Husson, *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse*: RTD civ. 1976, p. 451.
- Ph. Jestaz, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*: D. 1989, chron. p. 149.
- Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *L'entité doctrinale française*: D. 1997, chron. p. 167.
- D. Mainguy, *À propos de l'affaire de la rétractation de la promesse*: JCP G 2012, 808.
- Ph. Malaurie, *La pensée juridique du droit civil au xx^e siècle*: JCP G 2001, I, 283.
- N. Molfessis, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation*: RTD civ. 2001, p. 699.
- P. Ollier, *L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise*: Dr. soc. 1982, p. 680.
- B. Oppetit, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour de cassation*: JCP E 1989, CDE n° 5.
- M. Pédamon, *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?*: RTD com. 1959, p. 335.
- Ph. Rémy, *Éloge de l'exégèse*: Droits 1995, n° 1, p. 115.
- S. Rials, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle*: Rev. adm. 1979, p. 265.
- P. Sargos, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous des excès du droit*: JCP G 2001, I, 306.
- B. Starck, JCP G 1970, I, 2363.
- S. Sur, *La coutume internationale, sa vie, son œuvre*, in *La coutume*: Droits 1985, n° 3, p. 11.
- G. Teboul, *La coutume, source formelle de droit en droit administratif*, in *La coutume*: Droits 1985, n° 3, p. 97; *Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français*: RDP 1998, p. 691.
- F. Zenati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*: D. 2002, chron. p. 15; *La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée*: RTD civ. 1992, p. 338 et s.

Section 3

Pluralité, hiérarchie et valeurs des normes

§ 1. - PLURALITÉ ET HIÉRARCHIE DES NORMES

180. - Hiérarchie des normes et pluralité des sources. La question de la hiérarchie des normes (sur ce thème fécond en disputes, au sens universitaire du terme, V. *infra*, P. Puig, *Hiérarchie des normes: du système au principe: RTD civ.* 2001, p. 749) procède de la théorie du droit, théorie formelle qui assure un critère de juridicité à une norme de manière ascendante sur la base d'un jugement de validité. Est une norme valable celle qui est conforme à une norme supérieure et qui la qualifie comme telle dans l'ordre juridique considéré.

On peut d'emblée constater que ce jugement de validité est commun à toutes les logiques juridiques. Ainsi, la conception positiviste se contente d'observer la validité d'une norme inférieure par comparaison à une norme de référence, par exemple la conformité d'une loi à la Constitution. Mais c'est également la conception jusnaturaliste : une norme n'est norme que pour autant qu'elle soit conforme à un ensemble de valeurs définies. L'admission de la pluralité des sources, entendue comme une pluralité non organisée, sinon spontanée, complique alors la logique formelle traditionnelle légaliste.

La question se pose de l'égalité ou, au contraire, de l'inégalité des normes selon leur source et, donc, de leurs rapports, de leur hiérarchie.

Hans Kelsen a systématisé l'idée d'une hiérarchie organisée autour de la désormais fameuse *pyramide des normes* : « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés » (*Théorie pure du droit: D.* 1962, p. 299).

Traditionnellement associée au droit constitutionnel, la théorie de la hiérarchie des normes s'est largement étendue à toutes les branches du droit, du fait de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* mais également du fait des hypothèses d'inconventionnalité de la loi.

181. - Description et actualité de la hiérarchie des normes. Kelsen proposait deux systèmes d'explication dans l'ordre des normes. Un premier système propose qu'une norme est valable parce qu'elle a été créée conformément à ce que prescrit une norme supérieure : c'est un système formel où seule la procédure de mise en œuvre de la norme inférieure importe, comme avant 1971 en droit constitutionnel. Était valable la norme adoptée selon la procédure déterminée par la Constitution ; on observe que cette conception laisse peu de place aux normes nées de sources non légales. Un deuxième système propose la validité d'une norme par conformité au contenu d'une norme supérieure. C'est un système de hiérarchie matérielle, du type de celle que le droit constitutionnel connaît depuis 1971. Est valable la norme qui est substantiellement conforme au contenu matériel de la Constitution. Au sommet de la hiérarchie, Kelsen place la Constitution, plus exactement le bloc de constitutionnalité. Viennent ensuite les traités internationaux dont, notamment le droit communautaire, en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958. À un étage inférieur, se placent les lois, lois organiques, d'abord, puis les lois ordinaires, puisque les lois doivent être conformes à la Constitution et aux traités internationaux, puis les règlements d'applications, les décrets et les normes individuelles (voire pour certains les contrats, en raison de la formule de l'article 1103 du Code civil) ; l'ensemble assuré par la décision d'un juge souverain et de son interprétation des normes de référence, le Conseil constitutionnel en droit français.

182. - Justification du modèle. Cette pyramide est l'archétype du modèle positiviste étatique. Elle est aussi la conception hiérarchique des normes de la Constitution de la V^e République. Elle permet d'évincer, dans la description de la validité des normes, le débat relatif à la légitimité de celles-ci, qui relève d'un autre ordre. Une critique traditionnelle repose sur la question de la validité de la Constitution elle-même. En effet, si une norme juridique n'est valide que si elle est conforme à une norme juridique supérieure, il convient donc que cette dernière soit une norme juridique supérieure, *valide*. Quelle est donc la technique de validation de la norme de référence supérieure ? Ainsi, la Constitution de la V^e République est une norme juridique valide parce qu'elle a été adoptée conformément à la procédure instituée par la Constitution de la IV^e République. Inversement, les actes constitutionnels de Vichy ont été adoptés sans se soucier des procédures de la Constitution de la III^e République (vote des deux assemblées, réunies en Congrès à Versailles), mais si on remonte dans le temps viendra le problème de la validité de la première Constitution, donc de la validité de la Constitution en général comme norme de référence. Kelsen estime que, supérieure à toutes les normes, se situe la « norme fondamentale », la *Grundnorm* que ses critiques associent à du droit naturel. Sauf à imaginer la nécessité, qui est une valeur, d'une Constitution, Kelsen en vient à identifier une « norme fondamentale supposée » qui garantit la validité de son discours mais que l'on peine à identifier en pratique. Cette idée pourrait être comparée à celle de *supraconstitutionnalité* selon laquelle des règles seraient tout à la fois constitutionnelles et supérieures à la Constitution. Est ainsi discutée la question de savoir si l'article 89 de la Constitution de 1958 selon lequel « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » peut faire l'objet d'une abrogation, pour instaurer une monarchie par exemple, ou si au contraire elle est intangible car relevant d'une norme supérieure à la Constitution elle-même. La difficulté est alors considérable et ouvre le flanc à une critique sévère de la thèse normativiste, voire de tout le positivisme. Si en effet, une norme n'est valide, n'existe, et n'est obligatoire, que pour autant qu'elle est le produit d'une norme supérieure, encore convient-il que cette norme supérieure soit elle-même une norme valide. La Constitution est une norme valide si elle est conforme à la norme fondamentale supposée (et selon laquelle « il faut qu'il existe une constitution comme norme de référence des normes inférieures ») qui n'est pas une norme juridique valide. Par conséquent, si l'on suit cette logique, il en résulterait qu'on doit obéir aux lois en fonction d'une norme fondamentale supposée, relevant de l'ordre moral ou politique selon lequel « on doit obéir aux lois » ou pire « il est *juste* d'obéir aux lois », ce qui est une contradiction avec toute la démonstration positiviste. Pour pallier cette contradiction, deux formes de réponses sont généralement ajoutées. La première, formulée par Kelsen, de faible autorité, considère que cette norme fondamentale (qui n'en est pas une) n'existe pas mais qu'elle est simplement « supposée » ; elle est donc du droit naturel. Une deuxième, formulée par Michel Troper, est beaucoup plus convaincante : la norme fondamentale en tant qu'elle serait supérieure et validante n'existe pas, la norme supérieure est la Constitution, laquelle est une norme juridique valide parce qu'elle est considérée comme telle par toutes les autorités souveraines qui élaborent un jugement de validité. Le Conseil constitutionnel valide ou invalide des lois sur le fondement de la Constitution, et non sur celui d'une norme fondamentale, le président de la République, par exemple pour choisir de soumettre une question à référendum, se fonde sur la Constitution. Un exemple est fameux : en 1962, lorsque le général de Gaulle décida de soumettre à référendum la question de l'élection présidentielle par suffrage universel (contrairement à toutes les analyses qui considéraient qu'il ne le pouvait pas). L'interprétation retenue, par le Conseil ou dans cet exemple par le président de la République qui est alors une autorité souveraine, est valable en soi, indépendamment de toute considération supérieure et se fonde simplement sur

l'autorité de la Constitution interprétée. Il en est, à bien des égards, de même de la décision de 1971 élargissant le bloc de constitutionnalité : nul besoin alors de s'en remettre à une quelconque norme fondamentale, même supposée.

La « pyramide des normes », plus globalement une hiérarchie des normes juridiques est ainsi utile pour proposer un contrôle de la validité des normes, selon ce modèle pyramidal : un décret doit respecter la loi qui doit respecter les traités internationaux et la Constitution. Le modèle hiérarchique est d'ailleurs largement amplifié par l'ensemble des exemples de conflits de normes. Il n'est d'ailleurs pas remis en cause par l'interprétation jurisprudentielle : la norme légale est nécessairement imparfaite mais elle est valable pour autant qu'une décision est rendue conformément aux règles prévues ou qu'elle est conforme au contenu du droit. C'est en ce sens que l'interprétation de la norme par le juge est dite *authentique*, et rend applicable la norme en vigueur par opposition aux interprétations de la doctrine qui sont des interprétations *scientifiques* qui n'ont pas de valeur normative (V. *infra*, n° 273).

De la sorte, le principe hiérarchique demeure d'actualité. En témoigne son étonnante reconnaissance légale par la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative de certains codes (V. *supra*, n° ■■■171■■■) : elle reconnaît explicitement d'ailleurs l'existence d'une « hiérarchie des normes » et invite le codificateur à s'y référer pour apporter les modifications qu'impose son respect.

183. - Critique du modèle. De nombreuses critiques se sont fait jour à propos de cette organisation proposée par Kelsen, même si elle reste largement dominante tant chez les juristes de droit public que chez nombre de juristes de droit privé, qu'ils adoptent la position normativiste ou une position simplement légaliste, au-delà du problème posé par Kelsen au sujet de la « norme fondamentale hypothétique ». Ainsi, par exemple, la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux peut être discutée depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome. Le principe de primauté du droit communautaire (V. *supra*, n° 235), en effet, bouleverse cet ordonnancement, même si le Conseil constitutionnel refuse de lui donner corps. Il n'empêche que l'existence du principe corollaire d'effet direct du droit communautaire permet de contourner la Constitution, surtout depuis que la Cour de justice reconnaît aux juges judiciaires la possibilité de contrôler la conformité d'une loi au traité de Rome. Plus grave, la contradiction majeure du droit constitutionnel par laquelle une loi peut passer avec succès l'examen constitutionnel mais être déclarée contraire à un traité qui est lui-même conforme à la Constitution, qu'a notamment illustré l'affaire complexe dite du « tableau d'amortissement ». Une jurisprudence (Cass. com., 16 mai et 20 juill. 1994 : *Banque* 1994, n° 549, p. 94, obs. J.-L. Guillot ; *Defrénois* 1995, p. 350, obs. D. Mazeaud) sanctionnait par la déchéance du droit aux intérêts le fait pour un banquier de ne pas remettre à son client emprunteur un échéancier des amortissements de l'emprunt, d'où le nom donné à cette affaire. Elle avait été consacrée par l'article 87-I, de la loi du 12 avril 1996, pour l'avenir, tout en purgeant le passé des pratiques n'ayant pas respecté cette règle nouvelle. Une décision du Conseil constitutionnel avait validé cette loi (Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-375 : *JO* 13 avr. 1996, p. 5731). Or, voilà qu'un tribunal d'instance, celui de Saintes, déclare que cette loi n'est pas conforme à l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (TI Saintes, 21 févr. 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 521, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 1999, somm. p. 23, obs. M.-L. Niboyet. – J.-P. Marguénaud, obs. *in RTD civ.* 1999, p. 492), ce dont il résulte que le juge ordinaire exerce le même contrôle que le juge constitutionnel. Le « mal » est fait, même si la Cour de cassation a depuis censuré cette interprétation (Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 670, obs. N. Molfessis ; *RTD civ.* 2000, p. 933, obs. J.-P. Marguénaud qui estime que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait choisir une autre solution) : « la multiplication des examens de conformité (...) conduit paradoxalement

à mettre l'accent sur leur insuffisance en créant de nouvelles causes de désordre dans la hiérarchie des normes», écrit Pascal Puig en pourfendeur de cette théorie, lequel propose, à la place du système hiérarchique constitué en modèle, un outil de régulation des conflits de normes au moment où on les rencontre, par un *principe hiérarchique*. Celui-ci permet de considérer que les normes des degrés supérieurs sont présumées imposer une application prioritaire, ce dont il résulte par exemple de l'autorité des règles en matière de droits de l'Homme ou des règles matérielles constitutionnelles. Par conséquent, la hiérarchie des normes n'est plus ce monument intangible et pourtant contesté, elle n'est plus une fin, mais un moyen, compris comme un ensemble de valeurs, relatives, propres à assurer la solution d'un conflit de normes. Simplement, comme la pluralité des sources de droit implique la pluralité des contrôles de conformité, elle impose aussi la pluralité des contrôleurs et, ce faisant, une forte judiciarité du droit.

Dès lors, et plus fondamentalement, le système de validité des normes « par le haut », de la pyramide, et donc de la sanction formelle de la règle, est dépourvu de sens : le critère de la juridicité est sans doute plus pertinent. L'appartenance au droit se définit comme la possibilité de l'éventualité du recours au juge. Un « droit à », une liberté, un pouvoir, seront ou non dans le droit selon qu'un juge pourra les reconnaître comme tel, un engagement « moral » sera reconnu comme tel ou comme contractuel par le juge. Il en résulte alors cette dualité, déjà rencontrée : une règle est-elle *juridique parce qu'elle est sanctionnée* ou est-ce tout le contraire, elle est *sanctionnée parce que juridique* ? Dans le premier cas, la sanction est le critère de la juridicité, pas dans le second.

184. - Organisation comparée et valeurs des normes ; le droit comme processus discursif et le droit comme système. L'opposition, l'éternel combat entre le Prince et le juge, entre le Sacré et la volonté, entre les sources donc, intéresse plus particulièrement les sources légales, la loi pour résumer, et la jurisprudence, non pas en tant que technique d'interprétation déterminée par la loi elle-même, mais en tant que source autonome, indépendamment de l'autorisation de la loi.

La jurisprudence présente l'avantage de la souplesse, dans la mesure où un revirement, même considérable, ne concerne en général qu'une infime partie du droit et que l'interprétation retenue était dans le débat juridique. Il invite à la considération d'un droit vivant, ancré sur les réalités sociales, économiques, humaines au moment où celles-ci se présentent (au juge en tout cas), de la prévisibilité dans la mesure où la jurisprudence n'est pas aléatoire, bien au contraire. C'est en outre une source d'une rare acuité, extrêmement précise puisqu'elle rend ses décisions à partir de cas particuliers. À l'inverse, la jurisprudence donne le sentiment d'une source peu démocratique, au sens traditionnel de la question en tout cas, celle du *gouvernement des juges*, d'une source discrète, difficile d'accès, réservée aux juristes professionnels et souvent spécialistes de la matière. Enfin, la jurisprudence est disparate et finalement singularisée, voire parcellisée. Le Conseil constitutionnel n'est pas une « Cour suprême », pas même une juridiction, le Conseil d'État mélange ses fonctions, celle de juridiction de cassation et celle de conseil du gouvernement, la Cour de cassation assure une fonction principalement disciplinaire et hiérarchique et n'est pas une juridiction de « pleine juridiction » et donc pas une « Cour suprême » du droit privé.

Ces arguments, avantages et inconvénients pourraient être mesurés. Ainsi, la jurisprudence peut également être considérée comme une technique d'évolution très lente du droit, en raison de la rareté des occurrences d'évolution et de la dépendance des demandes judiciaires, la prévisibilité n'est que relative et surprend parfois, sans compter l'émulation qui naît nécessairement entre le juge et le législateur pour le gain du prix du meilleur normateur, d'une souplesse discutable puisque dépendante de quelques juges inaccessibles et anonymes.

La loi, si critiquée, présente d'autres avantages. Elle est d'abord l'expression de la modernité du droit : l'abstraction, la généralité, l'accessibilité, la globalité d'une matière qu'elle peut embrasser, la rapidité d'élaboration, l'expression d'une volonté politique. Ce n'est pas pour rien que la loi est fille des Lumières, rencontre entre une technique et l'appréhension du monde comme celui des hommes, par et pour les hommes. La Révolution française, faite de ruptures, consacre la loi, comme la Révolution américaine, la possible consécration de l'État-providence, des réformes sociales, des réformes libérales ou conservatrices sont le fait de la loi. Et pourtant, tous les juristes font le constat que l'évolution du droit n'est peut-être pas toujours aussi prompt qu'il le faudrait, que la loi se contente parfois de réformes purement techniques.

Il n'y a donc pas d'avantage dirimant pour une source ou pour l'autre, mais une question de coexistence, voire de critique, éventuellement en termes de légitimité, en tant que telle d'une part, mais aussi à propos de l'effet dans le temps des revirements de jurisprudence. Il paraît certain cependant que l'autorité de la loi n'est possible que pour autant que la jurisprudence soit reconnue comme source réelle de droit, et que soient saisies tout à la fois la liberté du juge et la force de la loi.

Il est clair également que l'argument de la légitimité est complexe et peu péremptoire. Ainsi le débat judiciaire assure le développement d'un très grand nombre de types d'arguments, juridiques ou extra-juridiques, assurant même un discours sur la légalité ou la légitimité de la loi, réserve faite de la discussion de la constitutionnalité de la loi, débat qui n'est pas possible ou de manière finalement tronquée devant le Parlement (« vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires » disait, triomphant, le député André Laignel après la victoire socialiste en 1981).

Mais en contrepoint, la loi permet cette part de rêve juridique, cette part d'utopie qui fait se lever les foules, qui est une autre forme de justice, d'idéalisme qui rend si gris le réalisme judiciaire. Il est donc particulièrement sain que le législateur ait la possibilité, même de plus en plus étriquée car toujours susceptible d'une discussion judiciaire postérieure, de combattre une jurisprudence qui déplaît au Prince.

Peu de principes, beaucoup de circonstances et d'adaptation, donc, qui ne résolvent en rien la question posée au début de cet ouvrage. On retiendra donc simplement que l'observation des sources du droit permet de retenir que la pluralité – et peut-être devrait-on parler de diversité – l'emporte sur l'unicité, et que cette pluralité n'est qu'apparemment ordonnée, ou plus exactement que les plans, les architectures proposées n'ont d'autres vertus que didactiques et ce faisant, simplificatrices.

Il en résulte également que la considération des sources du droit est nécessaire à la compréhension du droit mais non suffisante et qu'il est nécessaire d'ajouter les considérations (dubitatives) déjà opérées sur les fondements du droit, sur les méthodes de sa connaissance, mais également sur son interprétation.

Deux attitudes sont alors possibles dans cette contemplation dubitative du droit : un certain cynisme en premier lieu, faire semblant de croire que le système juridique est ordonné, cohérent, scientifique, rationnel, harmonieux, l'enseigner, tout en faisant le contraire. Les exemples sont nombreux d'universitaires qui prônent cet ordonnancement parfait, disent la jurisprudence comme une non-source du droit et commentent arrêt sur arrêt.

Deuxième attitude possible, le scepticisme, le doute. Bien entendu le droit paraît ordonné, les théories générales semblent appliquées et justes, ce qui n'interdit en rien d'en douter. Ainsi, il est clair que dès lors que l'on observe une discipline juridique de manière un peu appropriée, on découvrira les creux de la loi, les contradictions des sources, pour ne pas dire une « balkanisation » des règles de droit, des enchevêtrements de règles qui se contredisent, des juxtapositions, des approximations, des incertitudes, etc. Les exemples sont légion. En droit des contrats par exemple,

le modèle pourtant, le socle du droit commun, il est toujours très surprenant pour un étudiant de se rendre compte que face à une question pratique précise, les solutions qu'il croit pourtant déceler des enseignements qu'il a reçus ne lui permettront pratiquement jamais de trouver une réponse, que des pans entiers du droit des contrats reposent sur l'interprétation de quelques arrêts bien isolés. C'est qu'il manque peut-être à l'exposé des règles de droit, le fondement de celle-ci, l'hypothèse de la contradiction, la façon pour le justiciable d'appréhender une question de droit, son langage, la manière de présenter une problématique au juge, la façon de ce dernier de rendre la justice...

Le droit, au risque de nous répéter, peut être considéré comme provisoire, en perpétuelle construction, relatif, il est un processus rhétorique, une discussion entre propositions discutables, elle-même faites de règles de sources et d'intensité différentes, d'arguments juridiques et très souvent extra juridiques.

§ 2. - CONFLITS DE NORMES

185. - Hypothèses de conflits de normes. Les normes juridiques proviennent toutes de sources distinctes, elles-mêmes hiérarchisées. Dès lors, des situations de conflits apparaissent : la question de la conformité d'une loi avec la constitution par exemple, dans une QPC. Traditionnellement, les hypothèses de conflits étaient confinées à des situations simples : le problème d'une loi spéciale et d'une loi générale par exemple.

L'adage *specialia generalibus derogant* (V. Bibl. *infra*) est ainsi un outil efficace de traitement d'un conflit en droit interne de deux lois qui, *a priori*, ont le même objet. Par exemple, les règles du droit de la vente appliquent des mécanismes particuliers, ceux de la garantie des vices cachés. Si un acheteur subit un tel vice caché, peut-il agir selon les règles du droit des contrats (loi générale) ou du droit de la vente (loi spéciale) ? *Specialia generalibus derogant* : la loi spéciale déroge, et l'emporte, sur la loi générale. Parfois la question se complexifie par des lois spéciales à la loi spéciale elle-même : par exemple, les règles du droit de la vente se divisent selon qu'il s'agit d'une vente internationale de marchandises, une vente à un consommateur, etc. Simple, l'adage, curieusement isolé au regard de la complexité des conflits de normes, se heurte parfois à des situations beaucoup plus complexes, par exemple face à l'application de deux lois spéciales.

De même, traditionnellement, ce type de conflits se rencontre dans des situations internationales, avec la question du *conflit de lois*, figure tutélaire du droit international privé. De même, une situation de conflits se dégage des hypothèses d'application de la loi dans le temps (V. *infra*, nos 283 et s.). Le développement des normes supralégales, notamment constitutionnelles et internationales, a multiplié les hypothèses de conflits. De ce constat découle une considération : la loi n'est plus « garantie » dans son existence. À tout moment, et notamment à l'occasion d'un litige, son existence, sa validité, peut être discutée alors que son contenu est opposé comme solution du litige.

Ces conflits traditionnels sont aujourd'hui très fréquents et d'intensité multiple. Ils peuvent être verticaux, dans les logiques de validité, ou horizontaux, dans des logiques de concurrence, par exemple entre une règle générale et une règle spéciale, entre droits spéciaux, entre une règle interne et une règle internationale ou européenne, etc., et ce au-delà des hypothèses de conflits de lois dans l'espace, relevant des règles du droit international privé (V. *infra*, n° 214), ou dans le temps (V. *infra*, n° 200).

Les conflits peuvent être des « conflits positifs » : les deux normes ne se contredisent pas, par exemple la règle assurant la protection de la propriété en droit français, de

l'article 544 du Code civil, et celle de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure que les lois internes doivent protéger la propriété, ou encore le principe de liberté contractuelle de l'article 1102 du Code civil et le jeu des clauses contractuelles. Dans ce cas, le conflit est harmonieux, ou bien, au pire la norme spéciale doit simplement être interprétée dans le sens de la norme supérieure. Les conflits peuvent aussi se présenter comme des « conflits négatifs » en ce sens que les deux normes se contredisent, ou se complètent mal, ou bien encore alors qu'on ne sait pas, faute d'interprétation précédente, comment articuler deux normes. Par exemple, le principe de liberté contractuelle justifie que l'on puisse conclure des clauses de non-concurrence, mais le principe de liberté du travail ou de liberté du commerce contredit cette proposition, ou encore, une loi est susceptible de contredire une norme supérieure, européenne ou constitutionnelle.

La première difficulté dans la résolution de ces conflits, outre l'ensemble des analyses qui constituent autant de propositions d'interprétation, est la détermination du juge compétent pour le résoudre selon qu'il s'agira d'une question de loi applicable dans l'espace, un conflit de droits spéciaux, un conflit vertical de type constitutionnel ou européen, etc. Ces règles sont d'une complexité rare, dans la mesure où chaque système juridique propose son propre mécanisme de compétence juridictionnel, le tout étant coiffé par des mécanismes supérieurs, européens par exemple, ou alternatifs, arbitraux par exemple (cf. par ex., L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008). La seconde difficulté repose sur les méthodes de résolution substantielle du conflit qui se fondent sur des habitudes, comme l'utilisation d'adages du type *specialia generalibus derogant*, ou de règles souvent assez vagues, comme celle de l'article 2 du Code civil à propos des conflits de lois dans le temps, et auxquelles la jurisprudence et la doctrine ajoutent des éléments substantiels et souvent très complexes.

S'agissant des *conflits verticaux*, on peut alors trouver des *conflits de validité* : c'est le cas du contrôle de constitutionnalité de la loi, qu'il s'agisse d'un contrôle *a priori* et surtout du contrôle *a posteriori* réalisé par une QPC. Dans cette situation, un conflit oppose la norme constitutionnelle et la norme légale, dans les conditions déjà rencontrées. C'est encore le cas des conflits entre une norme interne, quelle qu'elle soit et une norme du droit de l'Union européenne, déjà rencontré : le juge naturel du droit de l'Union européenne est le juge national, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne.

Plus discret est le conflit entre une loi et un règlement, un texte de valeur réglementaire (décret, arrêté, etc.). Ce conflit est réalisé sur la base d'un *contrôle de légalité* qui repose sur le principe de la supériorité de la loi sur le règlement. Le juge naturel du contrôle de légalité est le juge administratif, sur la base d'une action, un recours exercé dans les deux mois à compter de l'entrée en vigueur de l'acte « qui fait grief » et aboutissant à la validation ou l'invalidation du règlement (pour tout le monde et de manière rétroactive), ou bien sur la base d'une exception, c'est-à-dire comme moyen de défense (mais alors sans que l'illégalité affecte la validité de l'acte *erga omnes*, à l'égard de tous). De manière exceptionnelle, le juge judiciaire peut être considéré comme compétent. Ce ne peut être que de manière exceptionnelle et, lorsque cette question lui est posée, il doit en principe surseoir à statuer et poser une question préjudicielle au juge administratif. En revanche, deux cas assurent la compétence du juge judiciaire : les hypothèses dans lesquelles un acte réglementaire porte atteinte à une *liberté individuelle* ou au *droit de propriété*, dont le juge judiciaire est le gardien, et celles où le juge pénal est compétent, en vertu d'un principe dit de « plénitude de juridiction » du juge pénal.

Encore plus discrète est l'hypothèse du conflit entre un règlement et la Constitution, qui devrait reposer sur l'œuvre du Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution, en concurrence alors avec le juge administratif, juge naturel de la validité des normes

réglementaires. C'est cette dernière compétence qui l'emporte, en France tout au moins, et le contrôle de constitutionnalité d'un règlement s'intègre dans le contrôle de légalité de celui-ci.

Beaucoup plus complexes sont les situations de *conflits de normes supralégales* entre elles, face à une hypothèse d'invalidité d'une loi par exemple, c'est-à-dire une invalidité qui serait invoquée sur le fondement de la non-conformité de la loi à la Constitution, à la Convention européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union européenne. En pratique, la question, de situation *substantielle* de conflit devient souvent une question *processuelle* : quel juge est compétent et, peut-être surtout, lequel est le « plus » compétent ? Ainsi, dans un conflit entre une norme constitutionnelle et une norme de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit de l'Union européenne, la question ne se pose pas dans un contrôle *a priori*, puisque le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la validité d'une loi sur le fondement d'une norme autre que constitutionnelle. L'objectif est notamment d'éviter un désaveu et une impasse logique. Si le Conseil contrôlait la validité d'une loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme par exemple, et qu'il était ensuite désavoué par la Cour européenne des droits de l'homme, il s'ensuivrait une difficulté en termes de présupposés de la hiérarchie des normes (V. *supra*, n° 263). En revanche, dans un contrôle *a posteriori*, sur la base d'une QPC, la question est plus ardue. La question est *prioritairement* de constitutionnalité, de sorte que la Cour de cassation devrait *prioritairement* saisir le Conseil constitutionnel, puis, éventuellement, se prononcer sur la conventionnalité de la loi (V. cependant Cass. QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40002, *Melki* : JCP G 2010, act. 370, obs. P. Cassier. – CJUE, 22 juin 2010, aff. C-88/10, *Melki*. – *Adde*, V. Bibl.).

Inversement, du point de vue du droit de l'Union européenne, ses règles ne peuvent se voir opposer une règle interne, quelle que soit sa nature, selon l'arrêt *Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964 fondant le principe de primauté du droit communautaire, envisagé de manière absolue.

S'agissant de *conflits horizontaux* de normes (cf. F. Péraldi et S. Schiller [ss dir.], *Les conflits horizontaux de normes*, Mare et Martin, 2014), on peut citer le cas des conflits internes de lois. C'est le cas lorsque deux règles de même valeur se heurtent. Il peut s'agir d'une situation de conflit territorial, comme c'est le cas des conflits entre le droit métropolitain et le droit de l'Outre-mer ou encore de l'Alsace-Lorraine (cf. V. Parisot, *les conflits internes de lois*, IRJS, t. 46, 2013. – P. Lampué, *Droit d'Outre-mer et de la coopération*, Dalloz, 1969) qui ressemblent d'ailleurs à des conflits internationaux de lois, mais « internisés ». Il peut s'agir également d'un conflit substantiel de normes, comme c'est le cas de l'exemple des clauses de non-concurrence plus haut envisagé. Dans ce cas, deux solutions sont possibles. La première, classique et en voie de disparition, consiste à proposer une solution en terme de supériorité : autrefois le sort des clauses de non-concurrence était présenté comme une validité sous conditions. Aujourd'hui, les conflits sont en général résolus en application de la méthode de *proportionnalité* : une clause de non-concurrence est valable du fait de l'application du principe de liberté contractuelle, mais les moyens contractuels utilisés qui portent atteinte au principe de liberté du travail ou du commerce, puisqu'il s'agit d'empêcher un ancien salarié ou un contractant d'exercer une activité déterminée, doivent être proportionnés à l'objectif poursuivi par le créancier de non-concurrence, objectifs qui doivent être légitimes. C'est évidemment beaucoup plus difficile à mettre en pratique, sans doute moins sécurisant *a priori*, mais en revanche beaucoup mieux adapté à la diversité des situations concrètes.

Bibliographie



1 ♦ OUVRAGES

- L. Favoreu *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2008 n° 66 et s.
- P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence: Mél. P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1973, p. 329.
- Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, LGDJ, 2000, p. 263.
- B. Oppetit, *Le rôle créateur de la Cour de cassation*, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65.
- Th. Revet, *La légisprudence: Mél. Ph. Malaurie*, Defrénois, 2007, p. 377.
- F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^e éd. 2012, n° 254.

2 ♦ ARTICLES

- R. Gassin, *Lois spéciales et droit commun: D.* 1961, chron. p. 91.
- A. Gourio, *L'affaire du tableau d'amortissement: épilogue législatif: JCP G* 1996, I, 576.
- G. Lardeux, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences: *RDC* 2008, p. 1251.
- X. Magnon, *La QPC face au droit de l'Union: les bons, la brute et le truand: RFD const.* 2010, p. 761.
- N. Molfessis, obs. in *RTD civ.* 2000, p. 185.
- Mouly, *La crise des introductions au droit: Droits* 1986, n° 4, p. 99.
- P. Puig, *Hiérarchie des normes: du système au principe: RTD civ.* 2001, p. 749.
- Th. Revet, obs. in *RTD civ.* 1996, p. 725.
- D. Simon, *Les juges et la priorité de la QPC: discordance provisoire ou cacophonie durable?: Rev. crit. DIP* 2011, p. 1.



CHAPITRE 2

L'INTERPRÉTATION DES NORMES JURIDIQUES

186. - Plan. L'interprétation des normes juridiques est une question centrale, sinon essentielle (V. Bibl. *infra*), traitée ici après celle des normes juridiques et des sources du droit mais qui, en réalité, est sans doute première, notamment s'agissant de la détermination des normes qui créent le droit applicable réellement, et donc notamment à propos de la considération de la jurisprudence comme technique de production des normes. Elle est centrale car, dans une conception traditionnelle, elle assure le passage de la norme générale à la norme particulière et suppose alors une *technique* particulière assurant cette interprétation. Cette conception traditionnelle révèle une conception de l'interprétation comme un passage à l'acte : la norme générale, c'est la loi et la norme particulière c'est la décision de justice, concrète. Dans une considération plus vaste, de théorie du droit, la question de l'interprétation s'intègre dans la méthode de détermination de la norme applicable, à travers l'interprétation, par le juge, des normes peu claires ou incomplètes, soit comme une *fonction de la connaissance* (le sens de la norme est connaissable et le juge la révèle), soit comme une *fonction de la volonté* (la norme est indéterminée et le juge la rend déterminée).

De ce point de vue, la jurisprudence a pour mission d'interpréter les règles de droit, comme, diront les juristes traditionnels, la doctrine. Dans le même temps, la question de l'interprétation du droit étant essentielle, on peut concevoir que les autorités en charge de l'interprétation soient plus nombreuses : l'administration joue son rôle mais aussi le législateur, par l'intermédiaire des réponses ministérielles. Observons les autorités en charge de l'interprétation du droit (Section 1), avant d'étudier les principes et méthodes d'interprétation du droit (Section 2).

Section 1

Les autorités en charge de l'interprétation des normes juridiques

187. - *Ejus (non) est interpretari*. Longtemps, on admit que seul l'auteur de la règle de droit avait pour fonction d'interpréter cette règle. L'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere* (c'est à celui qui a fait une règle de l'interpréter) assurait le respect de ce principe. Dans l'Ancien droit, le roi se réservait, ainsi, la possibilité d'interpréter les édits et ordonnances. Ce fut surtout, ensuite, le référé législatif, institué après 1790 jusqu'en 1837, qui avait pour objet de traiter le juge comme une *bouche de la loi* selon la formule de Montesquieu et de donner corps à l'idée de la norme entendue comme découlant uniquement de la loi. Il s'agissait ainsi de faire prévaloir la loi sur le juge, dans le respect du principe selon lequel seule la loi est légitime puisqu'elle est l'expression de la volonté générale. La doctrine se fixe pour objectif d'interpréter la loi, quoique son autorité soit limitée à la formulation de propositions d'interprétation (V. *supra*, n° 260). Surtout, la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'État assure cette fonction d'interprétation de la loi; c'est même une obligation sanctionnée par le déni de justice résultant de l'article 4 du Code civil. L'échec du référé législatif était patent, parce qu'utopique, et il a finalement été abandonné en 1837. Dès lors, le rôle de l'interprétation, par le juge, dans le contexte de l'idée du primat de la loi écrite, met en lumière les difficultés liées à l'observation du rôle de l'interprétation.

Dans la plupart des situations, la question de l'interprétation semble intégrée à un mécanisme, certes complexe, mais homogène de production du droit: face à un texte peu clair, le juge propose une interprétation qui semblait *prévisible* parce qu'annoncée par la doctrine ou par les avocats. Deux difficultés surgissent cependant. La première tient au fait que l'interprétation d'une norme dans une décision de justice est une application de la norme générale au cas concret, mais offre également un effet général; en effet, la décision d'une cour souveraine propose une interprétation de la norme dans les *motifs* de la décision et détermine le sens du texte, qui lui donne un sens.

Dès lors, lorsque le texte est peu clair, incomplet, voire absent, la détermination de la norme par le juge peut être relativement imprévisible et surtout donner une portée nouvelle à une norme. Les exemples abondent, mais on songe par exemple à la jurisprudence, déjà citée, de la Cour de cassation sur la responsabilité du fait des choses fondée sur une interprétation de l'article 1384 (art. 1242 à compter du 1^{er} octobre 2016), alinéa 1^{er} du Code civil présenté jusqu'alors comme non normatif, ou bien à la décision du Conseil constitutionnel de 1971 qui a élargi la Constitution au « bloc de constitutionnalité ». Or, cette interprétation crée un écart considérable entre le texte et son interprétation, laquelle fonde une norme nouvelle, la norme interprétée. De ce point de vue, l'adage *ejus est interpretari* a été supplanté par le principe de séparation des pouvoirs où une autorité particulière, le juge, a la charge de l'application et l'interprétation des lois. Il demeure, cependant, que l'adage n'a pas entièrement disparu et que l'auteur des règles de droit conserve le pouvoir de les interpréter.

Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure le législateur, conscient de son incapacité à gérer toutes les situations, ou souhaitant se décharger de la tâche réelle de l'élaboration de la norme, ne crée pas, à dessein, des normes larges, susceptibles d'interprétation, dans la logique du « compromis dilatoire » mis en lumière par Carl Schmidt en droit constitutionnel. Dans cette circonstance, il est évident que la charge de l'interprétation doit appartenir à un autre que le législateur.

188. - Circulaires, réponses ministérielles et rescrits. C'est particulièrement vrai, officiellement toujours, pour l'interprétation des lois. Celles-ci font fréquemment l'objet de commentaires par l'administration, l'émanation du pouvoir exécutif, qui promulgue la loi sous forme de *circulaires* ou autres instructions. Il n'est pas vraiment l'auteur de la loi puisqu'elle est votée par le parlement. Mais toutes les règles ne sont pas d'origine parlementaire, loin s'en faut, avec les ordonnances, les règlements autonomes, les décrets d'application. En outre, la plupart des lois modernes sont votées sur la base de projets de lois préparés par les ministères et leurs administrations. Admettons donc que l'adage *ejus est interpretari* soit respecté dans ces circonstances, matériellement sinon formellement.

Autre mode d'interprétation, les **réponses ministérielles** aux questions écrites par les parlementaires sont très connues depuis qu'elles sont télévisées. Cette réponse ne lie en rien le juge, appelé à se prononcer ensuite sur cette question. Elle constitue, cependant, une source d'interprétation non négligeable que l'on peut rapprocher du référé législatif, sans l'autorité de ce dernier mais elles troublent l'application de l'adage car ce sont, ici, les parlementaires, auteurs des lois, qui demandent au gouvernement comment les interpréter !

Plus informels, sont les **rescrits** que l'on trouve dans quelques domaines, comme en droit financier ou en droit fiscal ou encore en droit de la concurrence où il prend le nom d'exemption. Il s'agit, pour un particulier, d'interroger l'administration sur un problème qui le concerne et qui liera ensuite l'administration.

189. - Avis judiciaire. Les autorités judiciaires disposent, outre leur pouvoir général d'interprétation, d'une forme inédite, introduite par une loi du 31 janvier 1987 devant le Conseil d'État et une loi du 15 mai 1991 devant la Cour de cassation, dite procédure d'avis. Il s'agit, pour une juridiction, confrontée à un problème d'interprétation susceptible de se poser fréquemment, de demander à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, selon le cas, son avis sur la question, quoique cet avis ne lie pas, ensuite, le juge.

190. - Le juge, interprète normateur. Aux « autorités » précédentes, s'ajoute, bien entendu et essentiellement, le juge : ce n'est pas le législateur, ce n'est pas le ministre ou son administration, qui interprètent les normes, mais le juge.

Bien entendu, cette considération suppose d'admettre que le produit de l'interprétation par le juge, les décisions de jurisprudence, est une source normative et pas seulement une autorité interprétative, en ce sens que la fonction du juge n'est pas seulement d'interpréter la loi *dans le sens souhaité par le législateur*, de manière limitée et inféodée donc, mais d'interpréter au sens général, au sens d'un pouvoir d'adjudication. Elle suppose ensuite de retenir une méthode d'interprétation qui corresponde à la pratique réelle retenue par le juge, ce qui est évidemment très difficile, mais que permet, par exemple la *Théorie réaliste de l'interprétation* (TRI ; V. *supra*, n° 150 et *infra*, n° 197).

Si l'on compare avec les systèmes étrangers, et par exemple les systèmes de *Common Law*, la question est donc radicalement différente : l'interprète anglais se prête au jeu de l'interprétation de la norme légale et, *mais surtout*, à l'interprétation, des arrêts, des cas, le *Case Law*, dans lequel il cherche à identifier dans un arrêt précédent les similitudes et les différences avec le cas sous étude, alors que le droit français propose un système *global d'interprétation de la norme* quelles que soient la source ou la nature de cette norme. On interprète de la même manière un article d'une loi que la solution d'un arrêt, ce qui explique la difficulté à considérer la source jurisprudentielle puisque associée substantiellement à la source légale.

À l'inverse, la conception normativiste considère deux types d'interprétation. Une norme valide peut en effet être interprétée. Un premier jeu d'interprétation relève de la dogmatique juridique, de la doctrine : il révèle des *interprétations scientifiques* (en termes de devoir-être ou d'être). Par exemple, la règle « les conventions

s'interprètent de bonne foi » de l'article 1103 (ex-art. 1134, al. 3) du Code civil, est susceptible de plusieurs interprétations scientifiques : soit la règle s'interprète comme supposant, pour être de bonne foi, de respecter la lettre du contrat, soit au contraire, pour être de bonne foi, de respecter l'esprit du contrat, au-delà de sa lettre, une interprétation stricte, une interprétation large. Ces interprétations scientifiques ne sont pas normatives ; elles sont proposées comme des solutions possibles, par les professeurs par exemple. Un second jeu d'interprétation relève du juge souverain, qui proposera une *interprétation authentique*, l'une des interprétations scientifiques le plus souvent. Elle est correcte si elle respecte les conditions de validité posées pour rendre cette interprétation, et ce indépendamment de toute autre considération. Il n'y a pas de « bonne » ou de « mauvaise » jurisprudence, mais des décisions valides (comme les normes). Cependant, cette conception contribue, comme la thèse réaliste, à formaliser la potentialité de création d'une norme nouvelle. Elle présente ce caractère de neutralité qui est propre au normativisme, respectueux de l'État de droit, mais parfois trop, au point d'éloigner la réalité du droit : ainsi l'interprétation scientifique n'est jamais neutre, un professeur donne toujours son point de vue au point d'oublier ou de nuancer les interprétations qui n'ont pas sa faveur ; construisant un jugement, que le juge peut utiliser, juge qui peut être... un professeur. Par conséquent, c'est moins la division des interprétations qui pose difficulté dans la doctrine normativiste, que leur étanchéité et leur radicalité.



Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- P. Amselek (ss dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, PUAM, 1995.
- B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, 2012.
- F. Ost et M. Van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

2 ♦ ARTICLE

- B. Oppetit, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois*: D. 1974, chron. p. 107 ; *La résurgence du rescrit*: D. 1991, chron. p. 105.

Section 2

Les méthodes d'interprétation des normes juridiques

191. - **Méthode et pouvoir de l'interprétation.** La question de l'interprétation, on le voit, est une question essentielle, centrale, de la détermination des normes juridiques. Elle se conjugue avec la question du raisonnement juridique permettant au juge de parvenir à une décision (cf. P. Deumier, *Le raisonnement juridique, op. cit.*), sans s'y confondre. Le principe repose sur la question de la clarté d'un texte : ce qui est clair n'a en effet pas besoin d'interprétation.

Ce qu'on appelle la *théorie de l'acte clair* est ainsi une technique parfois utilisée pour refuser d'interpréter un texte ; en effet, c'est à l'autorité chargée d'interpréter la norme qu'il importe de déterminer le caractère clair ou non clair d'un texte. Elle

signifie surtout qu'un texte peu clair ou incomplet nécessite une interprétation. L'article 4 du Code civil en dispose ainsi, quoique de manière maladroite.

Deux écueils doivent sans doute être évités, le premier visant, à la manière de l'École de l'exégèse, à considérer que tout texte est naturellement clair et le second, à la manière de la déconstruction derridienne, qu'aucun texte n'est clair, que toute interprétation ne dépend que de l'interprète.

On peut certes douter qu'un texte quelconque soit jamais parfaitement clair et que tout texte est susceptible d'interprétation. Tout « texte » – et dans le « texte » ainsi visé, il convient d'envisager vraiment tout texte, texte légal ou texte jurisprudentiel – serait ainsi à *texture ouverte* selon la formule de L.H.A. Hart (V. *infra*) en ce sens que son contenu ne peut être considéré comme clair qu'une fois qu'il a été interprété. Ou bien il aurait un *contenu indéterminé* selon celle de Michel Troper. La pratique judiciaire montre en effet que des textes apparemment clairs sont interprétés, y compris des textes si clairs qu'ils se présentent comme des taux d'imposition (cf. CE, avis, 14 juin 202, *M^{me} Mouthe : Dr. fisc. 2002, comm. 702, concl. G. Bachelier*, à propos d'un taux, très clair, de 0,5 pour identifier la quote-part pour enfant à charge pour le calcul de l'impôt sur le revenu, et considéré comme égal à 0,25 pour tenir compte des familles recomposées).

Il demeure toutefois qu'un « texte » juridique n'est pas un simple « texte » de sorte que son interprétation, à la manière d'un texte littéraire, est totalement libre : il existe à l'inverse, s'agissant de l'interprétation juridique, un certain nombre de contraintes, des contraintes formelles et directes, mais également des contraintes plus difficiles à saisir, comme celles qui correspondent aux logiques du raisonnement juridique et judiciaire, que Pascale Deumier s'est efforcée, par exemple, de synthétiser (P. Deumier, *Le raisonnement juridique, op. cit.*).

On peut donc considérer que comme tout texte, tout texte juridique, quel qu'il soit, suscite dans le cadre d'une application à un cas particulier une interprétation, qu'il s'agit cependant de mesurer.

La **méthode de l'interprétation** s'inscrit, d'une part, dans la technique du droit, ce qu'on appelle les *techniques d'interprétation* et, d'autre part, dans la théorie du droit. Elle suppose que l'on puisse déterminer le pouvoir du juge qui rend une interprétation définitive, que l'on peut identifier comme un *pouvoir arbitraire* ou, pour éviter la portée sémantique de ce terme, comme un *pouvoir discrétionnaire*.

L'effet de l'interprétation, plus que la question de la méthode d'interprétation, est la question qui mérite le plus d'attention et qui emporte le plus de controverse. La fonction traditionnelle de l'interprétation lui assure un effet finalement mineur et de simple police. La jurisprudence, et notamment, les plus Hautes Cours, les *Cours souveraines*, auraient ainsi la charge d'assurer l'unification de l'interprétation des juges inférieurs, dans une logique de bonne organisation du droit, dans un souci de *cohérence*, de bonne *logique*.

Un effet plus ambitieux consiste à considérer que l'interprétation assure une fonction beaucoup plus large, en tant que l'interprétation aurait une fonction *normative*. Dès lors l'interprétation, en tant qu'action normative, peut être envisagée de deux grandes manières, l'interprétation comme *acte de connaissance* ou comme *acte de volonté*. Ces deux conceptions sont celles qui opposent principalement les juristes, la majorité se ralliant à la première conception, qu'on peut considérer comme traditionnelle, et une partie se ralliant à la seconde conception, dite *réaliste*.

§ 1. – L'INTERPRÉTATION, FONCTION DE LA CONNAISSANCE DE LA NORME INTERPRÉTÉE

192. - La conception la plus classique considère que l'interprétation est une *fonction de la connaissance*. Elle repose sur l'idée que la norme interprétée, la loi pour résumer, est plus importante que la norme d'interprétation, qu'elle est sacralisée, exactement comme en matière d'interprétation des textes sacrés, et se fonde ainsi sur le mythe du texte parfait, dont l'interprétation coulerait de source.

Elle suppose donc que le sens de la norme interprétée est connaissable, qu'il soit susceptible d'être connu et donc que l'interprète ne fait que *découvrir* un sens préexistant dont le juge n'est que le vecteur. Par exemple, la jurisprudence sur les « mères porteuses » en tant qu'elle s'est fondée en 1991 sur des principes d'indisponibilité, de l'état des personnes et du corps humain, serait ainsi une forme de découverte de principes préexistants. Cette conception se fonde également sur l'idée que le droit est cohérent, conception qui se mute en une considération selon laquelle le droit *doit* être cohérent et que celle-ci se fonde nécessairement sur une norme prééminente qui, dans le système français est la loi, qui est tout à la fois l'expression philosophique de la modernité et politique de la démocratie. C'est ainsi que l'idée de l'interprétation fonction de la connaissance se confond très souvent avec le *légalisme*, qui est une forme de droit naturel considérant que la loi est juste parce qu'elle est la loi.

193. - *École de l'exégèse*. L'École de l'exégèse fut la première technique exprimant une méthode légaliste, en vogue dans la deuxième partie du XIX^e siècle, à compter de l'abandon du référé législatif et du pouvoir du juge. Cette école assumait une part de l'héritage des glossateurs au XIV^e siècle qui employaient une méthode dite littérale d'interprétation et des postglossateurs, au XV^e siècle dominés par Bartole (V. Bibl. *infra*). Elle est la continuation d'une forme d'interprétation qui change simplement de type de norme. Elle n'était pas véritablement une « École » installée en un lieu particulier, avec des Maîtres et une conception opposée dont elle aurait triomphé. C'est d'ailleurs une appellation tardive, identifiée par Jean Bonnet en 1924, qui révèle la loi et ses fondements, le Code civil notamment compris comme la *Constitution civile des Français* comme le dit Demolombe, le « prince de l'exégèse » (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 1869 : « ma devise, ma profession de foi est aussi : les textes avant tout ! Je publie un Cours de Code Napoléon, j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même considéré comme loi applicable et obligatoire, et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi ». Comp. Bugnet : « Je ne connais pas le droit civil : je n'enseigne que le Code Napoléon »).

L'École de l'exégèse était une école doctrinale qui prétendait interpréter la loi et, essentiellement, le Code civil, sans recourir à des influences extérieures par un très grand attachement à son texte. Il s'agissait de découvrir l'intention du législateur, c'est-à-dire de favoriser une analyse du texte de la loi pour tenter de dégager son sens, en considérant que le Code civil a nécessairement tout prévu : encore faut-il le découvrir dans la seule source possible et légitime de droit, dans la conception de l'époque. Il s'agit, ainsi, de découvrir tout le(s) sens du texte des articles du code. Il peut – il doit – ainsi être fait usage des *travaux préparatoires* à la loi, qui sont publiés au *Journal officiel* ou bien de rechercher la *ratio legis*, soit la raison d'être de la loi, par son titre, ou bien le chapitre du code dans lequel la règle s'insère. C'est ce qu'on appelle une interprétation téléologique de la loi, que le droit pénal favorise encore largement. Il peut aussi être fait usage du contexte, par exemple en observant la

structure grammaticale ou logique du texte, sa place, sa cohérence dans le système dans lequel il s'intègre, en recourant à des maximes favorisant leur interprétation...

Cette méthode est la méthode positiviste formaliste : il s'agit d'assurer une interprétation littérale de la règle, laquelle est suffisante en soi, éventuellement en utilisant des règles de conflits (du type loi spéciale, loi générale), à travers les buts, réels ou supposés du législateur, serait-il inconnu ou disparu depuis longtemps, par un juge considéré comme le gardien de l'ordre social, comme si tout le droit était du droit pénal.

En droit pénal, en effet, il est plus difficile d'admettre que l'on puisse être poursuivi alors qu'une règle précise n'est pas prévue : c'est le problème du crime « d'atteinte à la sûreté de l'État » dans les systèmes autoritaires.

Cette méthode est la méthode la plus proche de l'exigence, méthodologique sinon normative, de cohérence du droit et visant à donner corps au primat de la loi : le juge ne crée pas de droit, il découvre le sens du texte qui préexistait dans la loi : le juge est alors, selon la formule de Montesquieu « la bouche de la loi », un juge automate, sans autre volonté que celle exprimée par la loi. Par ailleurs, cette méthode n'est pas réservée à un système legaliste : le système anglais, par exemple, fondé sur la primauté de la décision jurisprudentielle, se fonde sur l'idée que le juge ne fasse qu'exprimer les principes de la *Common Law* qui préexistent à la décision (V. Bibl. *infra*).

Cette thèse de la cohérence du droit (V. D. Gutman, *Le juge doit respecter la cohérence du droit : réflexions sur un article 4½ du Code civil*, in G. Fauré et G. Koubi [ss dir.], *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 109) est celle qui imprime la force de l'idée que l'interprétation est une fonction de la connaissance, en ce sens qu'il ne peut pas être une fonction de la volonté, qui ne serait qu'anarchie. Elle s'exprime à travers le besoin, qui existerait, de guides pour l'interprétation afin de respecter des « principes » essentiels comme le principe de sécurité juridique, l'exigence de prévisibilité du droit ou de stabilité du droit notamment. Autant de limites à l'interprétation du juge : le juge *doit* (on est donc dans une logique de droit naturel) respecter la cohérence du système, aidé d'ailleurs par les maximes et règles logiques d'interprétation, il doit favoriser l'analogie, etc. Dans le même temps, et comme l'hypothèse de l'interprétation comme fonction de la volonté le démontre, les contraintes qui s'exercent sur le juge sont parfois d'un autre ordre : économique, social, politique, etc., mais aussi des contraintes exprimées en termes de valeurs, de justice ou d'équité, qui ne se conforment alors plus vraiment avec la logique mécanique de la cohérence du droit.

194. - Logique juridique et maximes d'interprétation et d'argumentation.

C'est avec l'École de l'exégèse que se développe très fortement l'idée d'une *logique juridique* dite aussi *logique formelle* (V. Bibl. *infra*) qui présente des techniques alternatives mais finalement assez mécaniques d'interprétation, considérant le droit, la loi, *en soi*, indépendamment donc de toute autre influence, sauf de la sienne propre. Le droit est ainsi envisagé comme un *ordre* avec sa propre logique, sa science.

L'indice de la perpétuation de la méthode exégétique résulte sans doute de la permanence de méthodes d'interprétation d'origine incertaine et vivifiées par l'École de l'exégèse, école de logique.

Exceptio est strictissimae interpretatis (les exceptions s'interprètent strictement). Ce premier adage est l'un des principaux. Il insiste sur le fait que lorsqu'un texte institue une exception à un principe, celui-ci s'interprète dans le strict cadre qui lui est reconnu. À défaut, il serait difficile d'identifier le domaine respectif du principe et de l'exception. Mais il n'est pas toujours aisé de repérer un texte d'exception. Souvent une locution comme « cependant », « néanmoins », « toutefois » ou lorsque le texte se présente comme une exception, permet de le reconnaître (V. C. civ., art. 488, 1374, 1497).

Cessante razione legis cessat ipsa lex (la loi cesse où cesse sa raison d'être). En corollaire, il ne saurait être question, sous couvert d'une analogie, d'appliquer un texte spécial à une matière qui lui est étrangère.

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus (il n'y a pas lieu de distinguer où la loi ne distingue pas). C'est, au contraire, une interprétation large qui s'impose chaque fois que le texte recouvre une grande catégorie de situations. Par exemple, l'article 457 du Code civil fait interdiction au tuteur de vendre des immeubles de son pupille, et l'on ne saurait distinguer selon que l'immeuble est de faible ou forte valeur.

Raisonnement par analogie, a fortiori, a contrario, par induction, par déduction, apagogique, téléologique. Là encore, c'est une interprétation large qui est proposée selon plusieurs raisonnements différents.

Le raisonnement *par analogie* ou *a pari* est le plus utilisé : lorsqu'une situation juridique ne connaît pas de règle particulière mais qu'elle présente une ressemblance avec une situation qui en connaît une, on appliquera l'une à l'autre. Par exemple, la cause étrangère ou force majeure n'est envisagée que pour la responsabilité contractuelle. Par analogie, on l'applique à la responsabilité délictuelle. De même, les règles relatives à la preuve sont prévues, dans le Code civil, uniquement pour les obligations. Par analogie, ces règles sont élargies à toutes les autres situations. De manière voisine, l'argument *par l'exemple* permet d'interpréter une règle en comparaison avec un cas précédent ou voisin.

Le raisonnement *a fortiori* ressemble à l'adage populaire selon lequel « qui peut le plus peut le moins », et l'argument inverse *a minori ad maius*. Par exemple, s'il est interdit à un incapable de vendre seul ses biens, *a fortiori*, il lui est interdit de les donner car la donation est un acte plus grave que la vente (*argument a minori ad maius*). Par exemple encore, si les règles de la prescription acquisitive permettent de rendre propriétaire d'un immeuble, il en résulte que c'est également possible pour un autre droit réel (qui peut le plus peut le moins).

Le raisonnement *a contrario* est plus complexe. Il s'agit d'un argument purement discursif qui permet à partir d'une proposition juridique donnée, de déterminer, pour une situation juridique voisine ne disposant pas de règle, la règle inverse. Lorsqu'une règle s'applique pour une hypothèse particulière, on peut en déduire, *a contrario*, qu'elle ne s'applique pas dans l'hypothèse inverse. Par exemple, s'il est interdit à un incapable de vendre seul ses biens, *a contrario*, il lui est permis de les louer car la location est un acte moins grave que la vente. Si le mariage est l'union entre un homme et une femme, *a contrario*, ce n'est pas l'union entre deux hommes ou deux femmes. Mais il est parfois délicat d'utiliser ce raisonnement car nul ne sait si son application remplit bien les vœux du législateur. Nous avons déjà évoqué l'exemple de l'interprétation de l'article 322, alinéa 2, du Code civil ; l'article 334-9 du Code civil, à propos de l'action en recherche de paternité ou de maternité naturelle qui dispose que « toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état » a également été interprété *a contrario* lorsque, l'enfant n'a pas une filiation légitime établie par la possession d'état.

Les raisonnements *par déduction* ou *par induction* permettent de découvrir une règle d'une autre. Par déduction par exemple, on peut tirer d'une règle générale une règle particulière ; par induction, à l'inverse on découvre une règle générale d'une règle particulière. Ces méthodes sont souvent combinées : ainsi par induction a-t-on découvert à partir de règles particulières à la vente imposant au vendeur de renseigner l'acheteur une obligation générale d'information que l'on a ensuite, par déduction, appliquée à d'autres contrats qui ne connaissaient pas ces règles particulières.

Le raisonnement *apagogique* ou par l'absurde consiste à montrer que, puisque le système juridique est nécessairement raisonnable (cf. raisonnement *a coherencia*), il en résulte qu'une règle ne saurait aboutir à une solution déraisonnable, inique

ou absurde et qu'au contraire il existe nécessairement une règle raisonnable, juste ou logique.

L'argument *téléologique* consiste à envisager les buts de la loi à partir de la volonté du législateur notamment.

Le raisonnement *a completudine* suppose que le système juridique est complet et que, par conséquent, l'absence de règle est une présence, de telle manière qu'il faut supposer qu'un comportement non réglé par la loi de manière expresse l'est nécessairement de manière implicite (tout ce qui n'est pas interdit est valable, etc.) et donc qu'il n'y a pas de situations hors du droit.

L'argument *a coherencia* est voisin du précédent et suppose la cohérence du système juridique, le caractère raisonnable et ordonné du droit, de sorte que si deux règles présentent les choses de manière inconciliable, il doit exister une règle (à découvrir) permettant d'identifier une solution. De manière voisine, l'argument *systématique* suppose que le droit formant un système ordonné, les éléments de ce système doivent être envisagés de manière imbriquée. De manière voisine, l'argument *économique* suppose que le législateur est prudent, raisonnable et donc non redondant : ainsi un texte qui répète un autre texte est superflu, solution complexe lorsqu'il s'agit de combiner cette solution avec l'observation de règles générales et particulières.

D'autres méthodes apparaissent, par exemple la recherche de l'intention du législateur, pour autant qu'elle soit possible, à travers les *travaux préparatoires*, ce qui revient à rechercher la *ratio legis* d'un texte. Au sens de l'exégèse, cette intention existe, elle est connaissable et tout le travail du juriste consiste à l'identifier le plus clairement possible.

Ce peut être également la recherche de précédents. Cela peut paraître paradoxal dans un système légaliste qui donna la priorité au primat de la loi écrite, de la loi. Pourtant, en pratique, et notamment chez les avocats et les magistrats, on déniche cette tendance à se référer à l'interprétation qui a déjà été donnée, la jurisprudence étant alors considérée comme établie et donc devant être suivie. Dans le système anglo-américain, c'est la règle du précédent qui s'impose au juge. Dans le système français, l'argument relève davantage de l'argument d'autorité : en présence d'un arrêt de la Cour de cassation, et *a fortiori* en présence de nombreux arrêts de la Cour de cassation, le sentiment du caractère figé de la norme s'installe, quand bien même tout le monde saurait que l'interprétation peut changer. On est là, très clairement, dans l'installation de la sensation, croyance ou illusion, de la cohérence et de la stabilité du droit.

Dans le système français, et notamment au regard de l'impact de la méthode exégétique ou de la « libre recherche scientifique » apparaît également, avec une force difficile à mesurer, l'attractivité de l'argument doctrinal, notamment sur ces questions complexes ou très discutées.

195. - « La Libre recherche scientifique ». À partir des années 1880, la méthode exégétique a été critiquée, dépassée au profit d'une méthode plus globale, dite de la *libre recherche scientifique*, prônée par le doyen François Gény (V. *infra*, F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit. ; comp. Cl. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz [ss dir.], *François Gény, mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Y. Blais-Dalloz-Bruylant, 2000).

Il faut dire que le Code civil, et son interprétation étaient fortement critiqués, du fait de leur succès considérable, notamment en Allemagne, avec Savigny, fondateur de l'*École historique allemande* critiquant l'universalisme du Code civil et prétendant au contraire à la corrélation entre un pays, sa culture et son droit. En outre, le Code civil n'avait pas évolué ou très peu, dans un siècle qui au contraire avait connu des bouleversements considérables, politiques, économiques et sociaux.

Ainsi assistait-on à des interprétations nouvelles, fondées sur des risques nouveaux, tirés du machinisme par exemple, en droit de la responsabilité à partir de l'arrêt *Teffaine* en 1896, tandis que des appétits s'aiguisaient, en matière sociale notamment. Grands était alors l'espoir ou la crainte de voir émerger des émules du « bon juge Magnaud », ce magistrat qui, à Château-Thierry, avait notamment acquitté une femme qui avait volé du pain parce qu'elle se retrouvait en état de nécessité en 1898, alors que cette excuse, dite de l'état de nécessité n'existait pas (V. Bibl. *infra*). Face à ces nouveaux besoins, ces nouvelles contraintes, l'apparition du « social », qu'on traduirait aujourd'hui comme la sociologie, est apparu le besoin d'identifier des méthodes nouvelles d'interprétation, qui ne dégénèrent pas en anarchie juridique. La République est alors jeune, menacée, à droite par les monarchistes et les nationalistes et à gauche par les socialistes et les anarchistes avec comme épicerie l'affaire *Dreyfus*. Finalement cependant, l'œuvre de Géný, relayée par des auteurs comme Saleilles ou Demogue, a abouti à une rationalisation de l'interprétation en un sens acceptable, illustrée par la formule de Saleilles : « Au-delà du Code civil mais par le Code civil ». La libre recherche scientifique est surtout scientifique, doctrinale et justifie les premières *introductions à l'étude du droit* et les premiers *traités* et *manuels* et l'essor des théories générales. C'est surtout Georges Ripert qui, dans les années 1930, figea ainsi la méthode et renoua, finalement, avec un néolégalisme inspiré et assumé.

Contrairement à l'idée parfois répandue, la « prétendue école de l'exégèse » (V. Bibl. *infra*) et l'exégèse n'ont pas disparu avec l'apparition de l'école dite scientifique proposée par les travaux de Géný. C'est toujours la méthode exégétique que les juristes utilisent généralement pour l'étude des règles du Code civil surtout depuis les récentes grandes réformes du Code civil, ou des lois parfois très techniques que l'on rencontre de plus en plus souvent, en une école « néo exégétique ». L'interprète a le choix entre plusieurs sources d'interprétation, loin de l'exégèse la plus stricte par l'appel à des considérations historiques, sociologiques, économiques ou d'équité, la philosophie du droit, la sociologie juridique, l'économie, le droit comparé... et à d'autres sources du droit, comme la jurisprudence, dépassant donc le seul texte du Code civil. Cette évolution était d'autant plus nécessaire.

Le problème (qui n'en est peut-être pas un) tient, cependant, à ce que l'interprétation libre est libre par essence et que le juge, libre, peut avoir tendance à ce que Philippe Malaurie appelle l'interprétation correctrice et déformante des textes (V. *infra*, Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*). Plus, en effet, l'interprète est libre de la méthode d'interprétation, plus il est libre de l'interprétation du texte. En sorte que la jurisprudence peut parfois corriger un texte mal écrit ou difficilement compréhensible. Là encore, l'article 4 du Code civil fait obligation au juge d'interpréter un texte, même obscur. Ce faisant, la liberté du juge peut devenir un instrument redoutable, tellement d'ailleurs qu'il apeura Géný lui-même qui, dans son ouvrage, critiquait la jurisprudence du « bon juge Magnaud ». Or, pour Géný, le « phénomène Magnaud » emporte le risque de l'instabilité, voire de l'anarchie juridique. En d'autres termes, le juge est libre d'interpréter le droit, tant que cette interprétation est conforme aux vues de Géný, ce qui est une forme de tolérance assez limitée et qui montre la distance, considérable, entre le droit conçu comme la loi, et le droit comme son application, et, ce faisant, l'importance de l'interprétation.

196. - « Libre recherche scientifique », « logique des valeurs », rhétorique et interprétation. On assiste aujourd'hui à des interprétations qui sont parfois présentées par les commentateurs comme « surprenantes » en ce sens qu'elles aboutissent à des solutions que la loi, au sens où ces commentateurs la considèrent, n'avait apparemment pas prévues, voire à une solution qu'ils avaient voulu éviter. Tel est le cas, par exemple, du rôle aujourd'hui confié à l'article 1104 (ex-1134,

al. 3) du Code civil qui oblige les contractants à exécuter le contrat de bonne foi ou l'article 1194 (ex-1135) du même code qui oblige à tenir compte dans le contrat de l'équité. Ces textes, interprétés par la jurisprudence moderne, permettent d'identifier des obligations de coopération, d'information, de sécurité que les contractants n'avaient pas expressément envisagées. Tel est le cas également de l'interprétation de l'article 322, alinéa 2, du Code civil (abrogé aujourd'hui) qui, interprété *a contrario*, permettait au juge de recevoir une action en contestation de paternité ou de maternité légitime alors pourtant que ce texte disposait que « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance », ce que les juges avaient interprété comme justifiant une telle contestation lorsque titre et possession diffèrent (aujourd'hui, il n'y a plus de distinction entre filiation légitime et filiation naturelle).

Toute la difficulté, et la grandeur, de la technique de l'interprétation du droit, consiste donc à identifier une ou des techniques plus ou moins rigides ou souples, étant entendu qu'il est, en droit, impossible de limiter longtemps la possibilité du juge de réaliser une interprétation nouvelle. Par conséquent, et c'est d'ailleurs une autre dimension de la difficulté, c'est l'appréciation et l'acceptation de la communauté des juristes, juges compris, qui importent, dans la mesure de la liberté d'interprétation. Gény avait fourni tous les outils d'une interprétation libre, tout en bridant la capacité d'une acceptation véritablement libre.

En outre, la limite « objective » de l'interprétation repose sur la mesure de l'arbitraire et de la subjectivité de l'interprète. Par conséquent, plus le juge est bridé par l'idée que toute interprétation qui sort de l'idée que les juristes se font de celle-ci est dangereuse, plus la motivation du jugement pourra être sinon légère, sinon purement technique. À l'inverse, plus l'interprétation est libre, plus le juge est libre dans ses méthodes et dans ses choix et plus sa motivation devra apparaître dans le jugement ou l'arrêt, y compris son raisonnement, ses opinions, celle des autres, les « opinions dissidentes », de telle manière que le lecteur du jugement pourra mesurer la part d'arbitraire et de subjectivité, contre celle de raisonnement et de rhétorique.

On voit par là, à nouveau, ce que l'interprétation par le juge français présente de défauts : particulièrement libre dans son interprétation, il livre des arrêts à la motivation simplement technique, laissant le lecteur dans l'embarras. Sans doute cela tient-il au fait que les interprétations les plus discutées, et par conséquent celles qui conduisent aux plus larges débats, sont celles qui posent des questions dont les conséquences économiques, sociales sont très importantes ou bien qui s'inscrivent à un carrefour de valeurs. Ce n'est pas la même chose que de proposer un revirement de jurisprudence sur une question technique et sur un point essentiel, comme la reconnaissance du transsexualisme, des mères porteuses, etc. Peu importent les raisonnements *a pari*, *a fortiori*, *a contrario* de l'article 144 du Code civil lorsqu'il s'agit de décider si, oui ou non, le mariage est l'union de deux personnes du même sexe ou de sexe différent. Il n'y a plus, ici, place pour les arguments, quelque apparence de logique qu'ils présentent, techniques, mais le renfort d'une appréciation du vrai et du faux, du juste, de l'utile.

L'élément cardinal de l'interprétation repose alors sur l'emploi d'une technique discursive, qui suppose donc la présentation d'arguments discutables, dans une enceinte qui se prête ce type de discussion, pour la rédaction d'un jugement qui rend compte de ces arguments, de leur discussion, et de la décision, et enfin, donc, d'une force de conviction de la justesse du jugement, et de la discussion de celui-ci.

Le droit (re)devient un art, l'art de la rhétorique.

§ 2. – L'INTERPRÉTATION, FONCTION DE LA VOLONTÉ DE L'INTERPRÈTE

197. - Le règne de l'interprète et la « TRI ». La « surprise » de certains commentateurs déjà envisagée, réaction face à l'interprétation nouvelle de textes par le juge est, elle-même, surprenante si l'on admet que la « libre recherche scientifique » est dominée, précisément, par la liberté de l'interprétation.

La thèse de l'interprétation comme acte de connaissance souffre en effet d'une difficulté insurmontable : l'interprétation donne un sens à un texte qui n'en a pas, de sorte qu'il faudrait admettre que ce sens, inconnu, préexisterait à l'acte qui le révèle, ce qui est une impasse logique. La question est notamment apparue à l'occasion de l'interprétation de la Constitution et de la fameuse décision du Conseil constitutionnel qui, en 1971, considérait que la norme constitutionnelle était constituée de son préambule, ce qui évidemment ne ressortissait pas de la volonté manifeste du constituant.

Or, selon la méthode *réaliste*, telle qu'aujourd'hui portée en France par Michel Troper et la « théorie réaliste de l'interprétation », la TRI (V. *supra*, n° 150), ou au sens du réalisme américain, plus sociologique ou économique, le juge est libre de son interprétation sous la réserve des contraintes qui lui sont imposées ou qu'il s'impose. Par conséquent, l'interprétation et son résultat sont essentiellement une querelle argumentative, processuelle donc, et la validité, la régularité, la valeur de ces arguments sont laissées à l'appréciation du juge qui proposera une solution ou une autre, qui reste globalement prévisible, sauf cas très particulier.

Ainsi, il n'y a pas de place, dans la théorie réaliste de l'interprétation, pour une interprétation déformante des textes, ce qui supposerait une forme particulière imposée préalablement. Il n'y a pas de place non plus pour une considération de la « cohérence du droit ». Cette idée de cohérence est, pour ce point de vue, consubstantielle de l'idée selon laquelle l'interprétation est une fonction de la connaissance. En revanche, est une contrainte juridique, la croyance que l'interprète peut avoir dans l'idée qu'il n'exprime qu'une interprétation connue. C'est d'ailleurs le principal obstacle à la théorie réaliste de l'interprétation : encore faut-il que le juge soit conscient de sa propre liberté, et qu'il ait envie, ou intérêt, d'en user. Mais inversement, la contrainte qui s'exprime sur le juge peut relever de ses propres valeurs et des contraintes qui s'expriment en termes d'opportunité : des exigences sociales, économiques, médiatiques, historiques, politiques peut-être qui pèsent sur sa décision. On imagine ainsi que la Cour de cassation, si elle avait été appelée à trancher une nouvelle affaire de mariage homosexuel, au moment de la discussion du projet de loi début 2013, eût été bien embarrassée. D'ailleurs, la décision du juge est parfois délibérément le résultat de l'une de ces contraintes, voire des valeurs du juge. Celles-ci sont parfois subsumées de l'idée selon laquelle les règles du droit français s'intègrent dans un ensemble plus vaste : le droit privé s'intègre dans une logique constitutionnelle, le droit français s'intègre dans des règles européennes ou internationales. Dès lors, le jugement de validité de la norme s'impose au juge : la Cour de cassation ne saurait ainsi consacrer une règle anticonstitutionnelle ou inconstitutionnelle sauf à risquer que sa jurisprudence soit sanctionnée ensuite. Cette recherche de conformité de la norme interprétée à une norme supérieure dont ils ne sont pas les gardiens, ou alors de manière médiate, peut s'inscrire, bien entendu, dans la catégorie des contraintes qui s'imposent au juge. Mais c'est vrai aussi d'un « jugement de validité » à une valeur, comme des valeurs économiques, à travers des raisonnements dits *conséquentialistes*, ou des valeurs sociales, culturelles, culturelles, philosophiques, déguisées derrière le recours au *principe d'équité*. Plutôt donc que de revendiquer son autonomie, sa liberté de

création, le juge, prudent ou croyant en la thèse de l'interprétation-connaissance, se réfugie très fréquemment derrière ces masques.

Du point de vue de la conception réaliste, la jurisprudence crée des principes, des règles parfois sans aucun fondement légal. Tel fut le cas de la jurisprudence sur les mères porteuses, en 1991, sur les transsexuels, en 1992, tel fut l'ensemble de la création prétorienne du droit administratif, du droit constitutionnel, du droit de la responsabilité civile (pourtant non critiquée par les mêmes qui critiquent telle autre interprétation volontariste), de l'essentiel du droit des contrats, etc. Des dizaines de solutions s'intègrent ainsi dans la norme juridique du fait de la création jurisprudentielle, de l'interprétation.

Tout dépend donc de la norme à interpréter. Pour les réalistes, il y a des normes, rares, à « texture fermée », les règles présentées sous forme de tout ou rien : les règles pénales (le plus souvent), les règles qui imposent des conditions strictes et définies. Mais il y a surtout des normes à « texture ouverte », soit involontairement, soit volontairement. Ce peut être involontaire parce que l'imputation est contrainte par les limites du langage. Par exemple une loi de 1985 détermine un régime particulier de réparation pour les accidents provoqués par les *véhicules terrestres à moteur, impliqués dans un accident de la circulation*. Tout semble précis au départ, mais rien ne l'est au fur et à mesure de l'interprétation. Un tracteur est-il un véhicule terrestre à moteur, un avion, un tramway, un véhicule électrique, un cyclomoteur, une motoneige, etc. ? Un accident de parking est-il de « circulation » ? Celui qui ouvre la portière de son véhicule à l'arrêt et est fauché par un autre véhicule est-il « impliqué dans un accident de la « circulation » ?

Ce peut être volontaire, essentiellement pour des raisons de coût rendant impossible la possibilité de prévoir tous les cas possibles et, ce faisant, à travers les standards juridiques.

Il n'en résulte pas l'arbitraire juridique, précisément parce que la conception réaliste du droit envisage la recherche de la prévisibilité de la règle soit par l'observation du comportement (au sens le plus large) du juge, soit par la prise en compte des logiques argumentatives.

Une première logique argumentative consiste à observer que le juge ne traite pas un seul cas, mais des dizaines, de sorte que son interprétation embrasse le système juridique dans son entier. Soit qu'il défende un système, soit qu'il y participe, son action n'est pas neutre. En ce sens, la conception réaliste soit se heurte à un non-sens (puisque, en positivisme, elle ignore les valeurs), soit à un dépassement supposant dans les contraintes que le juge rencontre, l'existence des valeurs. C'est précisément ce problème qu'un juriste comme Ronald Dworkin (que les réalistes considèrent comme un philosophe) a tenté de résoudre. D'après Dworkin, le juge interprète une règle en respectant un certain nombre de canons (y compris la considération, explicite ou implicite de ses propres motivations) mais également la recherche d'un but, d'une « politique » ou d'un « principe ». Une « politique » est, pour Dworkin, un standard qui détermine un but à atteindre, le plus souvent l'amélioration d'une situation économique, sociale (par ex., la diminution des délits sexuels) et un « principe » est un standard qui s'impose non pas parce qu'il améliorera une situation économique ou sociale, mais parce qu'il s'agit d'une exigence d'équité, de justice ou de morale (par ex., le standard classique de l'abus, de la faute, etc.). Ce faisant, Dworkin intègre les idéaux et peut être considéré comme un néonaturaliste, mais surtout propose très clairement, pour les juristes français tout au moins, la reconnaissance des principes juridiques comme des standards. Or, dans la conception réaliste appliquée au cas français, la question est majeure pour expliquer et justifier la masse de principes ainsi « découverts » par le juge. On retrouve donc le processus d'intégration des valeurs, associé à une logique argumentative (encore faut-il le présenter au juge, soit au cours du procès soit en dehors du procès par lobbying ou par production doctrinale), valable y compris dans la conception réaliste.

Cependant, Dworkin (V. *infra*) n'est pas un réaliste, mais un jusnaturaliste dans la lignée de John Rawls et pour lui il en résulte une contrainte pour le juge, celle de trouver la *bonne solution juste* notamment dans les cas difficiles (et, ce faisant, se retrouve également en communion avec les décisionnistes). Le juge doit donc être un « superjuriste », un surhomme juridique, presque au sens nietzschéen, il doit pratiquer « le grand style », l'art juridique.

Une autre logique argumentative est économique. Pour les utilitaristes benthamiens, une règle suppose qu'elle assure une utilité moyenne pour le plus grand nombre.

La TRI est une manière très convaincante d'expliquer, de loin, le fonctionnement de la justice, à ceci près que, de loin, précisément, elle ne tient pas compte d'un élément clé de l'interprétation, l'idéologie, les préjugés, les habitudes, les croyances des juges, interprètes de la loi. Or, ce raisonnement juridique ne peut être présenté comme relevant d'un commandement quelconque, ce qui serait bien pratique, ni d'une méthode implacable qui serait définie, enseignée et respectée. Or, le raisonnement juridique à l'origine de l'interprétation est par nature un mystère, ne serait-ce que parce que les décisions de justice, qui doivent être motivées, ne présentent jamais la motivation profonde, la « motivation de la motivation ». Or celle-ci dépend de facteurs complexes, complets, faisant des « précédents » une référence, de la doctrine une éventuelle inspiration pour choisir une solution qui emprunte aux logiques de cohérence, d'équilibre, de recherche d'acceptation, de considérations d'opportunité (cf. P. Deumier [ss dir.], *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 249 et s.). Cette méthode, ou cet empirisme, démontre en toute hypothèse une chose, les juges ne sont pas des révolutionnaires, ils ne sont pas là, en général, pour faire triompher une idéologie ou une autre, mais ils ne se considèrent pas non plus comme « libres » au sens de la TRI, ni comme des redresseurs de torts ou des super-héros du droit, à l'invite de Dworkin, ou encore des économistes orthodoxes, tout en n'étant pas des perroquets : l'exercice est difficile, comme l'est la tentative d'explication, à supposer qu'elle soit possible.

198. - L'interprétation de l'interprétation. Une autre difficulté tient à ce qu'une décision de justice (qui fait jurisprudence, un arrêt de la Cour de cassation) tranche un (ou plusieurs) litige(s). C'est son premier rôle, celui consistant à interpréter une règle étant second, un moyen et non un but.

On observe alors qu'il est très rare que le juge interprète réellement un texte légal, mais qu'il interprète plus souvent un texte (par exemple de loi) déjà interprété. S'agissant d'une règle du Code civil, l'ancien article 1382 du Code civil par exemple, le juge ne fait pas comme s'il l'interprétait pour la première fois, mais s'en tient à la dernière interprétation donnée. Sous couvert d'une interprétation de la loi, le juge se livre en réalité à une interprétation de son interprétation, le conduisant d'ailleurs, à travers les (rares) *revirements de jurisprudence*, à contredire sa propre interprétation. Mais comme cette norme, interprétative, est une norme, elle est susceptible de créer un second litige, résultant de l'interprétation de cette nouvelle norme, voire un troisième litige dans la mesure où la norme jurisprudentielle est interprétative et donc d'effet immédiat, voire rétroactive (V. *infra*, n° 280).

Le problème de l'interprétation de l'interprétation (V. *infra*, D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation, op. cit.*) se pose notamment pour les arrêts de la Cour de cassation et le minimalisme langagier qu'elle a choisi de manière séculaire et traditionnelle. Certes, l'obligation de motivation assure une forme de guide, ceci ajouté aux efforts réalisés pour que la différenciation des arrêts importants des autres soit plus immédiatement visible, et surtout aux efforts nouveaux de la « motivation enrichie » (V. *supra*, n° 239). Il reste cependant qu'on est très loin de la méthode suivie par d'autres Cours suprêmes, qui présentent notamment les arguments des juges, y compris les opinions dissidentes. Sans doute le rapport du conseil référendaire est, dans les arrêts les plus importants (et à la discrétion de la cour), disponible, et ces

rapports souvent d'excellente qualité, présentent les différentes options définies par son auteur, de même que l'avis de l'avocat général, mais il reste que cela n'isole pas les différentes opinions et il n'est pas rare que la solution finalement retenue dans une décision importante soit finalement assez divergente de l'option du conseiller rapporteur. Par conséquent, l'interprétation de l'interprétation est finalement assurée par la doctrine, voire par le juge lui-même, dans un arrêt suivant pour infirmer, confirmer ou infléchir sa jurisprudence, voire par une véritable doctrine de la Cour de cassation, par la voix ou la plume de ses membres.

L'enjeu, donc, de l'interprétation moderne consiste en plusieurs éléments. Il s'agit, d'une part de valider ou de ne pas valider la théorie réaliste de l'interprétation, mais il n'y a pas de demi-mesure : où le juge est souverain, ou il ne l'est pas. Faisons le pari qu'il l'est, il convient alors de mesurer les enjeux de l'application de la théorie réaliste de l'interprétation, et essentiellement celle des contraintes interprétatives : pourquoi le juge juge-t-il ainsi, quelle est la part de l'uniformité du recrutement des juges, de l'enseignement, la part de l'influence doctrinale, etc., ensuite de mesurer quels sont les arguments recevables par le juge (c'est essentiellement la question de l'argument de nature constitutionnelle qui pose difficulté) et enfin quelle est la norme d'interprétation (notamment au regard de la question de la rétroactivité, plus exactement de l'effet immédiat, de la norme jurisprudentielle.

Bibliographie



1 ♦ OUVRAGES

- J. Bonnacase, *L'École de l'exégèse, sa doctrine, ses méthodes*, De Broccard, 1924.
- P. Deumier (ss dir.), *Le raisonnement juridique*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.
- M. Devinat, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la Common Law canadienne*, PUAM, 2005.
- R. Dwokin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995 ; *L'empire du droit*, PUF, 1994.
- F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, 1899 ; *Sciences et technique en droit privé positif : Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 t., 1914-1924.
- D. Gutman, *Le juge doit respecter la cohérence du droit : réflexions sur un article 4½ du Code civil*, in G. Fauré et G. Koubi (ss dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 109.
- J. Halpérin, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, 1996, n° 44.
- M.-L. Izorche, *Logique juridique*, PUF, 2005.
- C. Jamin, *F. Géný, d'un siècle à l'autre*, in *François Géný, mythe et réalités*, Yvon Blais, Dalloz-Bruylant, 2000, p. 3.
- Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, LGDJ, 2000, p. 47.
- Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2004, nos 943 et s.
- Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979.
- C. Radé et S. Tournaux, *Retour sur le « phénomène » Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail*, in *Études offertes à Michel Vidal*, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 865.
- M. Sadoun, *Paul Magnaud le « bon juge »*, Paris, éd. Riveneuve, 2011.
- Cl. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (ss dir.), *François Géný, mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Y. Blais-Dalloz-Bruylant, 2000.

2 ♦ ARTICLES

- H.-L.A. Hart, *Le concept de droit*, Fac. Saint-Louis, 2005, p. 155.
- C. Jamin, *Demogue et son temps: RID comp.* 2006, p. 56.
- D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation: JCP G* 2011, 603; *L'interprétation de l'interprétation: JCP G* 1990, 693.
- Ph. Rémy, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit: Ann. hist. fac. dr.* 1985, n° 2, p. 91.
- F.-X. Testu, *Les glossateurs: RTD civ.* 1993, p. 291.



CHAPITRE 3

L'APPLICATION DES NORMES JURIDIQUES

199. - **Plan.** La loi est applicable à partir d'un certain moment, et la fin de cette application est plus mystérieuse, et dans certains lieux : application de la loi dans le temps (Section 1) et dans l'espace (Section 2) rendent, ainsi, difficile l'application du droit.

Section 1

L'application de la norme juridique dans le temps

200. - **Plan.** Entrée en vigueur (§ 1) et disparition (§ 2) de la norme juridique marquent la durée de sa force obligatoire ; il s'agit ici essentiellement de la loi, à partir de laquelle ces mécanismes ont été forgés, c'est-à-dire dans l'ignorance pratiquement complète des autres normes juridiques.

§ 1. - L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA NORME JURIDIQUE

A - Le processus d'entrée en vigueur de la norme juridique

201. - **Promulgation et publication.** L'élaboration d'une loi est un processus long et complexe, formé de son étude, de sa discussion puis de son vote par le parlement. Il s'achève par sa promulgation et sa publication. La *promulgation* de la loi est l'acte par lequel le chef de l'État constate l'existence de la loi et ordonne sa publication et son exécution. La loi devient *exécutoire*. La *publication* de la loi consiste en l'information de la loi au public par insertion au *Journal officiel*. Le texte

publié a, alors, force obligatoire. Parfois, le texte finalement publié au *Journal officiel* comprend des erreurs. En ce cas, un rectificatif est publié, il s'agit d'un *erratum*, pour corriger cette erreur, ce qui pose parfois difficulté, non pas lorsque les *errata* se bornent à corriger une erreur matérielle, auquel cas il faudra se conformer à l'*erratum*, mais lorsqu'ils visent à modifier le sens du texte, conduisant à ne reconnaître, en principe, que le texte originaire.

La loi entrera en vigueur un jour franc, c'est-à-dire un jour complet, 24 heures, à partir de sa publication à Paris et en Province après sa réception en préfecture. Parfois, cependant, l'entrée en vigueur de la loi n'est pas immédiate. Elle peut être retardée jusqu'à une certaine date ou jusqu'à l'adoption d'un décret d'application.

B - Les conséquences de l'entrée en vigueur de la norme juridique

202. - Présentation. De l'entrée en vigueur naît un principe très connu, la connaissance présumée de la loi en application de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » (1°). L'application pratique de la loi est également susceptible de difficultés lorsqu'elle se heurte à une norme précédente (2°).

1 - La connaissance présumée de la norme

203. - *Nemo censetur ignorare legem.* Nul n'est censé ignorer la loi : la maxime vaut dès l'entrée en vigueur de la loi. Élargissons : nul n'est censé ignorer la norme juridique, quelle qu'elle soit, législative, coutumière, jurisprudentielle. Cette maxime ne signifie pas que chacun connaît toutes les normes, ce qui est totalement impossible, mais que celui qui ne connaît pas la norme, de bonne ou de mauvaise foi, ne saurait invoquer son ignorance pour échapper aux sanctions encourues pour avoir violé la norme.

Quelques rares exceptions existent et modèrent la rigueur de la maxime. Ainsi un décret du 5 novembre 1870 prévoit que les tribunaux peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance si une contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de sa publication. Cette question est, en effet, assouplie en matière civile où l'erreur de droit est en pratique assimilée à l'erreur de fait et à la bonne foi et, en matière pénale, où l'erreur de droit peut être considérée comme une cause d'irresponsabilité pénale par l'article 122-3 du Code pénal.

C'est une motivation typiquement juridique, d'ordre et de sécurité, qui préside à l'application de la maxime. À défaut, l'anarchie régnerait, sous couvert d'ignorance, parfois feinte, de la norme. En réalité, en effet, la présomption de connaissance de la norme est très éloignée de la réalité, à tel point que son opportunité est parfois réfutée puisque seuls quelques initiés ont accès à la connaissance du droit. Par conséquent, plus la norme est simple, abordable, plus elle est connue. C'était, d'ailleurs, l'objectif que les rédacteurs du Code civil s'étaient fixé. En revanche, plus la norme est technique, moins elle est connue. C'est le travers bien connu des lois fiscales ou sociales : techniques, ces lois appellent le recours à des spécialistes de ces matières, dès lors la loi peut être de plus en plus technique, puisque ces spécialistes existent.

2 - Les difficultés d'application de la norme juridique dans le temps

204. - Principes : sécurité juridique contre progrès social. Une norme nouvelle est une perturbation de l'ordre établi : des situations juridiques sont nées sous le gouvernement de la norme ancienne dans la confiance de la perpétuation de cette dernière. À l'inverse, le droit évolue, se modifie, se transforme, se modernise pourquoi pas au gré des interprétations nouvelles, des revirements de jurisprudence, des lois nouvelles, etc. Tout ceci illustre le caractère mouvant du droit, des normes, de sa compréhension. Par hypothèse, la norme nouvelle a pour objet et pour objectif le remplacement de la loi ancienne. Des conflits de normes dans le

temps surgissent alors. Ainsi, par exemple, une loi destinée à régir les rapports entre bailleurs et locataires est publiée. Elle remplace une loi ancienne qui avait le même objet. Le droit ne peut ignorer à la fois la continuité du temps qui s'écoule et les ruptures qui naissent du comptage du temps, le temps de la loi ancienne, celui de la loi nouvelle. Chaque acte ou fait juridique peut, alors, être observé à partir de la rupture ainsi imposée. À partir de quand s'applique la loi nouvelle ? Jusqu'à quand survit la loi ancienne ? Ainsi la loi du 11 juillet 1975 a assoupli les conditions dans lesquelles deux personnes mariées pouvaient divorcer. Cette loi est-elle applicable aux époux mariés avant son entrée en vigueur, ou son application est-elle réservée aux époux mariés après celle-ci ? Deux conceptions peuvent être retenues selon que l'on considère que le but du droit est de privilégier la confiance légitime des justiciables dans leur droit, leur sécurité juridique, ou bien au contraire si on donne un crédit particulier à la loi nouvelle, par hypothèse plus actuelle, plus moderne ou plus adaptée que l'ancienne.

Une première solution, disons conservatrice, choisit la **sécurité juridique**. Tous les droits nés au temps de la loi ancienne doivent demeurer régis par cette loi ancienne puisque c'est en considération de cette loi ancienne que ces droits sont nés (songeons par exemple à un contrat). Il serait insupportable qu'une loi nouvelle bouleverse les situations nées en méconnaissance (et pour cause) de cette loi nouvelle. L'inconvénient de ce système est de permettre à une loi ancienne de perdurer longtemps encore après l'adoption d'une loi nouvelle. L'analyse classique promouvait cette solution dans la théorie dite « théorie des droits acquis » selon une complexe présentation des « droits acquis » qui ne pourraient être affectés par la loi nouvelle et les « simples expectatives » qui le seraient. Mais elle fut très critiquée en raison de la grande difficulté qu'il y a à les distinguer. Ainsi, si la loi nouvelle ne peut s'appliquer à un droit acquis, elle peut s'appliquer si une personne avait de simples expectatives de droit, de simples espérances de droit. Par exemple, la Cour de cassation a décidé que le congé donné par le bailleur dans les formes prévues par la loi en vigueur au moment de la conclusion du bail mais contrairement à celles existant au jour du congé était valable car il constituait pour le bailleur « un droit acquis (...) sous l'empire de la loi antérieure ». Les critiques ne manquent pas tant il est difficile de définir et de repérer un droit acquis notamment lorsque le droit en question n'a aucune valeur patrimoniale. Par exemple, une personne mariée avant 1884, date de la réintégration du divorce en droit civil peut-elle divorcer après 1884 ? Celui qui demande le divorce peut estimer que le maintien du mariage était une simple expectative et, donc, que la loi nouvelle s'applique. Son conjoint pourrait considérer, en revanche, qu'il avait un droit acquis, en se mariant, à bénéficier de la stabilité du mariage, pour refuser l'application de la loi nouvelle.

Une autre solution, libérale ou sociale, consiste à voir dans la loi nouvelle un **progrès social**. Par conséquent, cette loi nouvelle, nécessairement meilleure que la loi ancienne, doit s'appliquer immédiatement et, éventuellement, rétroactivement.

L'inconvénient est évidemment de rompre toute sécurité et de reposer sur une fiction utopique : est-on bien certain que la loi nouvelle est meilleure, de meilleure qualité que la loi qu'elle remplace ? L'avenir, seul, le dira. Mais, à l'inverse, certaines lois sont par essence meilleures que les précédentes, souvent dans des domaines où se mêlent humanisme et technique juridique. Imaginons la loi de 1848 qui supprima l'esclavage en France. Elle s'appliqua heureusement immédiatement, contre les droits de « propriété » des « propriétaires » d'esclaves. Sinon, il aurait fallu attendre la mort du dernier esclave pour attendre la fin de la situation juridique avec laquelle la nouvelle loi avait entendu rompre.

Cette analyse qui propose l'application immédiate, par principe, de la loi nouvelle, est celle que l'article 2 du Code civil semble imposer. Sa généralisation est cependant relativement récente.

Elle fut proposée en 1929 par Paul Roubier dans un ouvrage qui demeure d'actualité, *Le droit transitoire*, à partir d'un renouvellement de l'analyse des conditions de l'application des lois dans le temps et rapidement adoptée par la plupart des auteurs. Le doyen Roubier considérait la notion de « situations juridiques » selon qu'elles sont constituées ou éteintes et les effets qu'elles produisent. Délibérément neutres, ces termes de « situations juridiques » sont susceptibles de s'appliquer plus aisément que ceux de « droits acquis ». Ce sont, en effet, de telles notions juridiques que visent toutes les lois. C'est donc face à des situations juridiques précises – l'existence d'un contrat, la fin d'un contrat, le droit de se marier, de divorcer, de constituer une société, la dissoudre... – qu'il faut envisager l'application dans le temps de la loi nouvelle et, en compliquant, selon que ces situations juridiques se constituent, s'éteignent ou qu'elles produisent des effets. Pourtant, la Cour de cassation a refusé de trancher entre ces deux analyses et s'attache aussi bien à la thèse des « droits acquis » qu'à celle de « l'effet immédiat » (V. Cass. civ., 20 févr. 1917, 1^{re} esp. : *DP* 1917, 1, p. 81, note H. Capitant. – Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1960 : *Bull. civ.* 1960, I, n° 218 ; *D.* 1960, p. 294, note Holleaux. – Cass. 2^e civ., 23 févr. 1962 : *Bull. civ.* 1962, II, n° 235. – Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1980 : *D.* 1980, p. 293, note A. Breton). Cette solution pragmatique illustre pleinement l'échec de toute tentative visant à organiser de manière logique, formelle, les règles de droit, comme par application de solutions mathématiques. Tout au contraire, le juge, plus réaliste par nature, est enclin à considérer la solution de ce problème classique selon le fait présent, selon les cas. Parfois, la sécurité s'impose ; d'autrefois, l'idée de progrès l'emportera : la solution est le résultat d'une argumentation devant un juge et la confrontation de celle-ci avec les propres convictions du juge.

205. - Non-rétroactivité de la loi. Souvent, la loi nouvelle se préoccupe de la rupture que va entraîner sa promulgation et prévoit des **dispositions transitoires** qui précisent les conditions dans lesquelles la transition entre la loi nouvelle et la loi ancienne va s'opérer. Ces dispositions transitoires prévoient que les dispositions de la loi nouvelle ne s'appliquent qu'à compter d'une certaine date ou, qu'au contraire, elles s'appliquent aux situations en cours, faisant ainsi échec au principe de non-rétroactivité de la loi.

Dans d'autres hypothèses, la loi nouvelle ne prévoit rien. Toute la théorie de l'application de la loi dans le temps a, alors, été élaborée sur la base de l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». C'est ce que l'on appelle le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. Toute sécurité juridique serait évincée si, demain, une loi pouvait s'appliquer pour décider que l'acte que j'ai accompli hier est illégal. Ce principe interdit que la loi nouvelle aille à l'encontre des effets d'un droit acquis par une personne sous l'empire de la loi ancienne mais il se conjugue aujourd'hui avec la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle.

Le principe de non-rétroactivité de la loi n'est en effet pas absolu et il existe des lois rétroactives. Le principe n'a en effet pas de valeur constitutionnelle même si le Conseil constitutionnel l'a intégré dans le bloc de constitutionnalité, par exemple en matière pénale en application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de façon similaire aux solutions dégagées en application de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7). Plus récemment, le Conseil constitutionnel l'a affirmé en matière fiscale dans une décision du 28 décembre 1995 puis, de façon plus générale, a invité le législateur à une certaine mesure, en toute matière : « Le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive, que si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales

des exigences constitutionnelles » (V. Cons. const., 18 déc. 2001 : *JO* 26 déc. 2001, p. 20582. – *Adde* Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 191 : « en matière civile, le législateur n'est pas lié par le principe de non-rétroactivité des lois ». – Et V. *infra*, J. Massot, *Les juges et les validations législatives : un chœur à cinq voix non sans dissonances*, in *Le dialogue des juges : Mél. B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 709).

206. - Rétroactivité ou effet immédiat de la jurisprudence. Si la loi n'est pas rétroactive, la question se pose de savoir si les revirements de jurisprudence ne sont pas, en eux-mêmes, rétroactifs, notamment pour tous ceux qui avaient introduit une action en justice sous l'empire de l'interprétation ancienne de la jurisprudence et forts de celle-ci et qui, doivent désormais subir un changement du droit applicable (V. *Bibl. infra*). Cette solution s'explique par le fait que la jurisprudence est, *a minima*, une norme interprétative et, de ce fait, rétroactive, par application de l'effet déclaratif d'une décision de justice faisant jurisprudence. Par conséquent, tous les faits produits avant le revirement de jurisprudence et même les actions en cours subissent l'effet du revirement. Cette situation *a minima* correspond à l'observation que la jurisprudence est normative, et qu'elle fait corps avec la loi, en tant qu'interprétation de celle-ci, ce qui n'est une émancipation très limitée de la thèse légicentriste et qui conduit donc à minimiser l'effet rétroactif de la norme jurisprudentielle. Dans ces conditions, c'est bien une situation de rétroactivité de la norme qui devrait pouvoir être combattue sur le fondement de l'article 2 du Code civil dans les mêmes conditions que pour les lois.

C'est d'ailleurs une formule que connaissent d'autres systèmes juridiques, comme le système canadien dans lequel la procédure du *progressive overruling* permet d'avertir que les prochaines décisions s'effectueront dans le sens du revirement, à la différence, cependant, qu'il n'est pas, ici, fait état de la dépendance de la norme jurisprudentielle nouvelle à la norme interprétée : la norme jurisprudentielle est une norme comme une autre, du moins dans la conception réaliste, car dans la conception légaliste, la norme jurisprudentielle souffrira toujours d'un « déni de démocratie » : déni de justice contre déni de démocratie, tel est l'enjeu de la solution. Celle-ci est réalisée en France par la technique de la modulation des effets dans le temps des décisions de jurisprudence (comp. P. Deumier, *Les figures de la modulation de jurisprudence : RDP* 2016, p. 807), qui suppose qu'on admette que le revirement est rétroactif et que dans certaines circonstances, une modulation dans le temps s'impose.

Une fois passé ce cap, la question de l'effet dans le temps des décisions de jurisprudence peut être véritablement posée.

Le cas illustre le problème posé par l'effet d'une décision de jurisprudence se prononçant sur des faits antérieurs à celle-ci mais jugée postérieurement. Nul n'a droit à une jurisprudence figée, indique la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 249 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; *JCP G* 2002, II, 10045, note O. Cachard), y compris sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n°s 07-14.932 et 08-16.914 : *D.* 2009, p. 2567, note N. Molfessis), pour fonder le principe réaliste du changement de jurisprudence : celle-ci s'applique, sauf modulation immédiatement. L'arrêt de 2001 admettait qu'un médecin pouvait être condamné sur le fondement d'une faute commise en 1974 mais selon une appréciation de cette faute élaborée en 1985. Ce faisant, la norme jurisprudentielle de 1985 s'applique à une faute commise en 1974 : on est bien soit en situation de rétroactivité soit d'application immédiate de la norme nouvelle. Un autre exemple emblématique concerne la jurisprudence relative à la validité des clauses de non-concurrence. La Cour de cassation décidait, dans plusieurs arrêts du 10 juillet 2002, que cette validité était conditionnée par la rémunération de l'obligation de la clause de non-concurrence dans les contrats de travail. Ce revirement était, comme tout revirement, rétroactif, emportant des bouleversements importants, tant s'agissant

des affaires en cours que pour des affaires déjà jugées, sur la base de clause de non concurrence ne comportant pas de rémunération, valables avant 2002.

Sensible à l'émotion et aux questions posées à la suite de ces arrêts, la Cour de cassation a elle-même proposé une technique de modulation des effets de ses arrêts dans le temps par un arrêt du 8 juillet 2004 (Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426) : « si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée (...) la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Le rapport Molfessis établi à la demande du premier président de la Cour de cassation en 2004 (V. N. Molfessis [ss dir.], *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005 et Bibl. *infra*) préconise ainsi une « déontologie du revirement » devant faire partie du débat contradictoire : la rétroactivité du revirement demeurerait de principe mais avec certaines modulations, appréciées par la Cour de cassation, dans le même esprit que celui qui préside à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Évidemment, la question se pose pour autant qu'on ait identifié un « revirement de jurisprudence », et peut-être faudrait-il parler de l'effet dans le temps des arrêts de jurisprudence dans leur ensemble d'une manière argumentative, fondée sur l'expérience de l'effet dans le temps des normes nouvelles, faute pour un arrêt nouveau de prévoir un droit jurisprudentiel transitoire.

L'idée selon laquelle un revirement de jurisprudence, mais cela vaut pour n'importe quelle décision de jurisprudence, est rétroactif joue en effet sur une similarité sémantique contestable. En effet, si on considère que le juge interprète la loi et que le juge révèle un sens que la loi connaissait, mais de manière obscure ou cachée, c'est-à-dire si on décrit l'action du juge comme *une fonction de la connaissance*, alors on peut considérer que la jurisprudence assume une fonction *interprétative* au sens des lois interprétatives qui sont considérées comme rétroactives. Or, c'est un jeu de mots : le juge interprète une norme précédente (qui peut être une norme jurisprudentielle), mais l'action du juge considérée comme une *fonction de la volonté* en fait une norme nouvelle, parfaitement distincte de la norme interprétée. Ce faisant, elle ne présenterait aucun caractère rétroactif, comme d'ailleurs n'importe quelle autre norme nouvelle : la jurisprudence doit alors être considérée comme une norme nouvelle ordinaire soumise à la règle de la non-rétroactivité et à celle de l'effet immédiat des normes nouvelles, sous la réserve des situations contractuelle.

207. - Plan. La question de l'application de la norme dans le temps souffre, ainsi, de la complexité des difficultés posées. Le principe de non-rétroactivité de la norme nouvelle (a) se cumule, alors, avec celui, concurrent et complémentaire, de l'application immédiate de la loi nouvelle (b).

a) La non-rétroactivité de la loi nouvelle

208. - Principe de non-rétroactivité. Celui-ci peut s'énoncer en deux principes qui se complètent et que l'on peut exposer, même succinctement, à partir de la notion de situation juridique élaborée par le doyen Roubier selon qu'elles se constituent, s'éteignent ou produisent des effets juridiques.

Premier principe. La norme nouvelle ne s'applique pas à la Constitution ou à l'extinction de situations juridiques antérieures à son entrée en vigueur. Par exemple, une loi a prévu en 1963 que les promesses de vente seraient enregistrées à peine de nullité. Les promesses conclues avant son entrée en vigueur ne peuvent être remises en cause.

Second principe. La norme nouvelle ne s'applique pas aux effets déjà passés d'une situation juridique née avant son entrée en vigueur. Ainsi, un décret de 1953 a institué un statut spécial au bail commercial, créant un droit au renouvellement du bail commercial. Le renouvellement refusé d'un bail effectué avant son entrée en vigueur ne saurait donner lieu à indemnisation.

209. - Exceptions. Plusieurs exceptions existent, cependant, qui permettent d'observer l'application rétroactive de la norme nouvelle à des situations juridiques nées ou éteintes avant l'entrée en vigueur de la norme nouvelle.

Normes interprétatives. Une *première exception* concerne les rares *lois interprétatives* qui précisent le sens d'une loi plus ancienne. Elles font corps avec cette loi ancienne et l'on considère qu'elles s'appliquent depuis l'entrée en vigueur de cette loi ancienne. C'est, donc, de rétroactivité de la loi dont il s'agit.

Normes rétroactives. Une *deuxième exception* concerne les *lois rétroactives*, par exception à l'article 2 du Code civil. L'article 2 du Code civil n'a, en effet, aucune valeur constitutionnelle en sorte que la loi peut toujours affirmer sa rétroactivité. Elles sont, en fait, rarissimes. Elles concernent aussi les épisodes les plus obscurs de notre histoire récente. Ainsi en est-il de la loi instituant en 1964 l'infraction de crime contre l'humanité et leur imprescriptibilité, et applicable, pourtant, aux crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale, rétroactivement donc. Cette rétroactivité est, cependant, exceptionnelle, en raison de l'article 2 du Code civil. Aussi, convient-il que la rétroactivité soit prévue sans aucune équivoque : elle ne saurait être tacite. Elle est même largement encadrée par le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, la rétroactivité est, aujourd'hui, impossible dans les matières pénales et fiscales, en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Lois pénales plus douces. Une *troisième exception* concerne les *lois pénales* nouvelles plus douces que la loi ancienne, c'est-à-dire des lois qui diminuent la peine d'une infraction ou qui modifient le champ d'application d'une infraction. Elles s'appliquent, alors, rétroactivement, aux infractions commises avant son entrée en vigueur, dans un souci d'humanité et de logique, mais aussi à tous ceux qui n'ont pas encore l'objet d'une condamnation définitive. La rétroactivité *in mitius* de la loi pénale s'explique pour des raisons humaines évidentes ; elle figure aujourd'hui à l'article L. 112-1, alinéa 3, du Code pénal. Ainsi, un condamné à mort avant la suppression de la peine de mort ne sera pas exécuté. Il serait illogique et intolérable qu'il le soit alors que législateur a considéré que cette peine était excessive.

Lois de procédure. Une distinction traditionnelle oppose les *lois de fond* qui déterminent le contenu des droits et les *lois de procédure* qui organisent l'action en justice. Ces dernières s'appliquent à partir du moment où le juge est saisi, même si le litige concerne une situation née avant l'entrée en vigueur de cette loi de procédure nouvelle. En fait, cette distinction s'applique avec difficulté pour les règles concernant la preuve des droits. Celles-ci, en effet, touchent autant au fond du droit qu'à la réception de la preuve en justice.

Lois de rétablissement. Il s'agit de lois dont l'objet est de corriger une erreur commise par le législateur (et non d'une erreur de publication comme c'est le cas des *erratas*, V. *supra*, n° 284). Par exemple, la loi du 15 mai 2001 a rétabli, de façon rétroactive, un texte du Code du commerce relatif à la compétence des tribunaux de commerce, abrogé « par hasard » en 1991 sans que l'on s'en soit rendu compte avant la recodification du Code de commerce en 2000.

Lois de validation. Ce sont des lois dont le caractère rétroactif est plus discutable : elles pour objet de conférer, rétroactivement, validité à des actes nuls au regard de la législation sous l'empire desquels ils ont été adoptés. Par exemple de telles lois sont parfois adoptées pour réparer des erreurs administratives. Le Conseil constitutionnel n'exerce à leur égard qu'un faible contrôle, se contentant de vérifier qu'elles répondent à un « but d'intérêt général suffisant ». Plus délicate

est l'intervention de la Cour de cassation lorsque les juridictions judiciaires sont appelées à vérifier la conventionnalité d'une loi de validation avec les principes de la Convention européenne des droits de l'homme, comme ce fut le cas dans un arrêt d'assemblée plénière du 23 janvier 2004 (Cass. ass. plén., 23 janv. 2004 : *JCP G* 2004, II, 10030, note M. Billiau ; *D.* 2004, p. 1108, note P.-Y. Gautier).

b) L'application immédiate de la norme nouvelle

210. - Fausse rétroactivité ? L'effet immédiat de la norme nouvelle peut apparaître comme une contradiction. Il s'agit, en effet, pour la norme nouvelle, de s'appliquer immédiatement, à toutes les situations en cours, même nées antérieurement à la loi nouvelle. Il peut, ainsi, s'agir d'une véritable règle de rétroactivité de la norme nouvelle puisque la situation juridique est née sous l'empire de la norme ancienne. Les règles d'application permettent cependant de l'éviter. Elles connaissent également des exceptions.

Premier principe. La norme nouvelle s'applique immédiatement à la constitution ou à l'extinction de situations juridiques postérieures à son entrée en vigueur. Si par exemple, une loi nouvelle indique que tous les contrats dont le prix est supérieur à 5 000 € doivent être écrits, la loi s'applique à tous les contrats conclus dès le lendemain de son entrée en vigueur, immédiatement donc.

Second principe. La norme nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur. Ainsi, le décret de 1953 organisait le droit au renouvellement d'un bail commercial. Un bail conclu en 1950 connaîtra, à son échéance, ce droit au renouvellement. Il s'agit d'un effet futur (après 1953) d'un acte conclu avant (1950) l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (1953). De même, la loi de 1975 a institué de nouveaux modes de divorce, ajoutés au divorce pour faute que le droit connaissait depuis 1884. Si je me suis marié avant 1975 et que je souhaite divorcer après 1975, puis-je invoquer la loi de 1975 ? La réponse est positive, il s'agit d'un effet futur d'une situation juridique antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

211. - Exception. Une exception existe cependant. La norme nouvelle ne s'applique pas immédiatement aux *contrats en cours*, ceux qui ont été conclus sous l'empire de la norme ancienne et qui sont exécutés sous celui de la loi nouvelle. Selon la logique proposée par Roubier, un contrat reste soumis à la norme qui existait au moment de sa conclusion. La sécurité des transactions reposant sur la nécessité de respecter la prévision des parties, fondée sur le contenu de la loi existant au jour de la conclusion, est à ce prix. Il en résulte la perpétuation parfois pour longtemps de règles juridiques abrogées depuis longtemps mais qui accompagnent les contrats conclus au moment où ils ont été conclus. On parle, alors, de *survie de la loi ancienne*. Pourtant c'est exactement sur ce terrain que la question de rétroactivité des normes jurisprudentielles s'est posée. C'est en ce sens qu'une théorie française de l'application du précédent jurisprudentiel s'impose, à la fois pour régler la question de la portée des revirements de jurisprudence, que pour régler le principe même de la valeur de la norme jurisprudentielle.

Exception à l'exception, le législateur prévoit parfois expressément que telle loi s'appliquera immédiatement aux contrats en cours, ce qu'il fait assez fréquemment, pour des raisons d'ordre public (par ex., L. 9 oct. 1975 sur les clauses pénales). Lorsque, cependant, le législateur n'a rien prévu, le juge conserve la faculté de considérer que la loi s'applique immédiatement aux contrats en cours si cette loi nouvelle est d'ordre public et encore si cet ordre public affecte les effets du contrat, point ses conditions (par ex., L. 1^{er} févr. 1995, sur les clauses abusives dans les contrats qui prévoit que le texte est d'ordre public mais pas qu'il s'applique immédiatement). L'idée, soutenue par Paul Roubier, et souvent reprise, est que le droit des contrats comporte de lourdes spécificités, eu égard à la sécurité juridique attendue par les

contractants ; à vrai dire, on ne voit pas ce que cet argument aurait de particulier au droit des contrats et en quoi il justifierait une « exception contractuelle » dans l'application des normes dans le temps. Appliquer les règles ordinaires aboutirait alors à considérer que, hors précision légale, les normes nouvelles s'appliquent immédiatement, ou bien en toute circonstance dans une conception large de la règle d'application immédiate, ou bien chaque fois que la norme nouvelle est d'ordre public, y compris lorsque celui-ci affecte la formation du contrat, dans une conception plus limitée (mais considérable eu égard aux règles actuellement applicables).

L'ensemble de ces propositions a été rudement mis à l'épreuve à l'occasion de la réforme du droit des contrats en 2016, en raison, d'une part, d'une rédaction hasardeuse de la règle de l'application dans le temps (à telle enseigne que la loi de validation de l'ordonnance de 2016 a dû forcer son talent pour imposer, de manière encore plus hasardeuse, l'application non immédiate de la loi nouvelle), mais encore de décisions de jurisprudence qui avaient semblé appliquer des règles nouvelles à des contrats en cours, en utilisant une technique d'interprétation originale, fondée sur l'interprétation du droit ancien « à la lumière » du droit nouveau (comp. D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats* : D. 2016, p. 1762 ; *L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne... et la loi de ratification de la réforme du droit des contrats* : JCP G 2018, 964. – C. François, *Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats* : D. 2016, 506. – S. Gaudemet, *Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016* : JCP G 2016, 559).

§ 2. – LA DISPARITION DE LA NORME JURIDIQUE

212. - Annulation de la loi. Très rarement, on assiste à des formes d'annulation de la loi. La formule est très violente puisque la loi, et toutes les conséquences juridiques qui ont pu naître sous son empire, sont présumées ne jamais avoir existé. On peut citer l'exemple d'une ordonnance du 9 août 1944 qui annula certaines dispositions prises par le gouvernement de Vichy, notamment les lois antisémites de Vichy (V. *supra*, n° 169).

213. - Abrogation de la loi. Le procédé ordinaire de disparition d'une loi est l'abrogation de la loi, qui anéantit une loi, mais pour l'avenir seulement. Parfois l'abrogation est définitive, mais le plus souvent une loi est abrogée parce qu'elle est remplacée par une autre loi. L'exemple le plus célèbre est celui de la loi du 30 ventôse an XII (1804) qui avait promulgué le Code civil en abrogeant expressément les anciennes lois.

Abrogation expresse. L'abrogation peut être expresse : une loi nouvelle envisage souvent quelles dispositions sont abrogées et à partir de quelle date elle entre en vigueur. C'est aussi l'effet d'un contrôle de constitutionnalité, notamment par voie de QPC : la décision qui considère que la disposition législative contrôlée est contraire à la Constitution est abrogée à la date de la décision ou à une date fixée par le Conseil.

Abrogation tacite. Parfois, cependant, la norme nouvelle ne prévoit rien et se pose le problème de l'abrogation tacite de la norme. Une loi ancienne peut, alors, être tacitement abrogée lorsque ses dispositions sont contradictoires avec celles de la loi nouvelle. Par exemple, la loi du 5 juillet 1974 portant la majorité à l'âge de dix-huit ans a tacitement abrogé la loi plus ancienne. La contradiction entre loi nouvelle et loi ancienne est, parfois, moins facile à établir. Traditionnellement, on effectue une distinction entre les *lois spéciales* et les *lois générales*. Une loi spéciale nouvelle abroge tacitement une loi générale ancienne sur ce point spécial.

Mais l'inverse n'est pas exact : une loi générale nouvelle n'abroge pas tacitement une loi spéciale ancienne. Plus complexe encore est la question du revirement de jurisprudence dans la mesure où la présentation d'une décision de jurisprudence se pose en termes généraux, mais qu'elle porte sur des faits particuliers. Un conflit en résulte alors : faut-il considérer la norme nouvelle dans son principe ou simplement rapportée aux faits ? Là encore la question mérite d'être étudiée dans une théorie de la jurisprudence.

Abrogation par désuétude. On pose, enfin, le problème de l'*abrogation par désuétude* de la loi. En principe, celle-ci est impossible, l'absence d'utilisation de la loi n'a aucune influence sur son existence. La loi est par essence permanente et survit à son non-usage. Par exemple, les dispositions d'une ordonnance permettant au préfet de réquisitionner des logements vides pour les attribuer à des foyers sans-logis fut adoptée à la fin de la guerre, en une période de crise aiguë du logement. Elle fut ensuite inusitée sauf, peut-être, durant le fameux hiver 1954. Loi de circonstance, on aurait très bien pu en imaginer la désuétude et, partant, l'abrogation. Les mouvements récents des SDF mobilisés par certaines associations ont montré qu'il n'en était rien. Cette position de principe, juridique et légaliste, ne résiste pas à la réalité factuelle. *En fait*, on sait que certaines lois ne sont plus appliquées bien qu'elles ne soient pas abrogées et, donc, qu'elles sont, *en droit*, toujours en vigueur. On cite parfois une très vieille loi qui interdit aux femmes de sortir dans la rue vêtues de pantalons (L. 8 fructidor an II) ou bien un décret de 1852 intitulant le Code civil *Code Napoléon*, jamais abrogé et qui n'est pourtant pas appliqué aujourd'hui. On pourrait, surtout, évoquer la question de la solidarité entre commerçants, ou bien de la règle de l'anatocisme. Nées d'une coutume, estime-t-on, ces règles de droit, *contra legem*, assurent une dérogation systématique aux règles connues par le Code civil et applicables à tous, faute de règle contraire contenue dans le Code de commerce. Cette coutume est, alors, moins une coutume *contra legem* qu'une coutume ayant abrogé, pour le domaine du commerce, l'article 1202 ou l'article 1144 du Code civil. De la même façon, la loi interdisant aux femmes de circuler en pantalon serait moins abrogée par désuétude que par l'adoption d'une règle coutumière contraire. Faute de loi l'abrogeant, expressément ou tacitement, force est de reconnaître une coutume ayant abrogé cette loi.



Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation contemporaine*, LGDJ, 1997.
- M.-A. Frison-Roche, *Le juge et son objet: Mél. C. Mouly*, Litec, 1998, p. 21.
- J. Massot, *Les juges et les validations législatives: un chœur à cinq voix non sans dissonances: in Mél. B. Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, p. 709.
- N. Molfessis (ss dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.
- Th. Revet, *La jurisprudence: Mél. Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377.

2 ♦ ARTICLES

- H. Battifol, *Les revirements de jurisprudence: Arch. phil. dr.* 1967, p. 335.
- Th. Bonneau, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement: D.* 1994, p. 24.

- C. François, *Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats*: D. 2016, 506.
- S. Gaudemet, *Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*: JCP G 2016, 559.
- V. Heuzé, *À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence*: JCP G 2005, I, 130.
- D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation (Variations normatives II)*: JCP G 2011, 603; *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*: D. 2016, p. 1762, *L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne... et la loi de ratification de la réforme du droit des contrats*: JCP G 2018, 964.
- N. Molfessis, *La portée des revirements de jurisprudence*: RTD civ. 1998, p. 213.
- C. Mouly, *Les revirements pour l'avenir*: JCP G 1994, I, 3376 et *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisible*: LPA 1994, p. 15 où plusieurs techniques sont proposées par l'auteur.
- P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »)*: Dr. soc. 2005, p. 123.
- P. Voirin, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences*: JCP 1959, I, 1467.

Section 2

L'application de la norme juridique dans l'espace

214. - Un droit français unique pour un territoire indivisible ? Quoique la République soit une et indivisible (Const. 4 oct. 1958, art. 1^{er}), la loi ne s'applique pas de façon uniforme sur tout son territoire.

Une première exception concerne l'application des droits locaux. Par exemple, les dispositions du Code pénal qui punissent les mauvais traitements infligés aux animaux ne sont pas applicables dans les places tauromachiques qui peuvent justifier une tradition taurine ininterrompue : une coutume locale entrave, ainsi, l'application territorialement uniforme de la loi par dérogation posée dans l'article 521-1 du Code pénal, dérogation d'ailleurs considérée comme constitutionnelle par le Conseil après une QPC rendue en 2012, et c'est le cas voisin des combats de coqs, ou dans un autre domaine, des « lotos » ou « bingos » qui assurent la popularité de jeux de hasard hors du contrôle de l'État.

Ainsi en est-il surtout de la situation juridique de la région dite « Alsace-Lorraine », une zone disputée depuis toujours, successeur de la Lotharingie, fief des Guise, région des trois évêchés. Son destin tragique est magistral et fut un temps au cœur de tous les Français : passée sous contrôle allemand après la défaite de 1870, l'Alsace-Lorraine, c'est-à-dire l'Alsace et la partie orientale de la Lorraine, c'est-à-dire le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et la Moselle (la région de Metz, alors que Nancy demeurait française), connurent une germanisation forcée, traduite par force expulsions et installations de « colons » allemands, à la suite du traité de Francfort du 10 mai 1871. En 1918, la France achevait un rêve cinquantenaire, dépasser la « ligne bleue des Vosges » selon l'expression barrésienne. Non, « ils » n'auront pas l'Alsace et la Lorraine, qui redevient française, quitte à dépasser un peu l'ancienne frontière pour occuper des territoires allemands à titre de dédommagement de guerre. Mais pour l'Alsace-Lorraine, quel droit appliquer ? Entre 1870 et 1918, la III^e République avait adopté quelques lois majeures, dites « lois républicaines », dont la loi de 1901 sur la liberté d'association et la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État. À l'inverse, le droit allemand, mélange de libéralisme social et autoritaire, avait également promulgué des lois majeures, le BGB, un système d'administration des états hypothécaires fameux, un

système de caisse primaire d'assurance maladie obligatoire, d'assurance accidents et vieillesse, des chambres de commerce, une logique de faillite civile, etc. Dès le 15 novembre 1918, constatant l'avancée des troupes françaises jusqu'au Rhin, ces territoires étaient placés sous l'autorité du président du Conseil, avec maintien du droit existant, en attendant le règlement de la fin du conflit, par le traité de Versailles du 28 juin 1919. Les habitants estimaient que les avancées du droit allemand étaient supérieures à l'état du droit français dans certains domaines, notamment en matière civile et sociale. Une loi du 17 octobre 1919 confirmait le principe du maintien du droit existant tout en imposant l'introduction du droit commun, formule trop floue pour être efficace : fin 1919, le Code pénal français était réintroduit, avec quelques exceptions, notamment sur le droit de chasse, le droit communal ou le droit social et deux lois du 1^{er} juin 1924 en matière civile et commerciale entérinaient cette solution, maintenant les exceptions locales au droit commun désormais applicable. Il en résulte un droit complexe qui voit se conjuguer le droit commun français, et tous les ajouts d'après 1924 avec des dispositions du droit de l'Empire germanique qui prévaut, en allemand, en cas de difficulté d'interprétation, avec un exemple fameux, celui de la non-application de la loi de 1905 et, ce faisant, le maintien du régime concordataire datant du Concordat de 1801 : les ministères du culte catholique, luthérien, réformé et juif sont salariés de l'État. Bien d'autres spécificités demeurent, les trains y roulent à droite, les tribunaux de commerce n'existent pas, les associations sont créées sur la base d'une loi de 1900 et point sur celle de la loi française de 1901, etc. Il est frappant d'observer que l'occupation nazie avait réintroduit le droit allemand alors en vigueur, supprimant le droit local et que celui-ci fut réintroduit par ordonnance en septembre 1945, marquant ainsi l'attachement des Alsaciens-Lorrains tout à la fois à la France et à leur spécificité.

Une seconde exception concerne les **départements et territoires d'outre-mer** qui connaissent certaines particularités. Dans les DOM, la loi française postérieure à 1946 s'applique sauf disposition contraire. Inversement, dans les TOM, la loi française ne s'applique que si une disposition expresse le prévoit.

215. - Situations internationales. Une autre hypothèse, beaucoup plus importante, concerne l'ensemble des situations dans lesquelles un élément d'extranéité intervient. Lorsqu'une situation juridique fait intervenir un tel élément d'extranéité, un conflit entre plusieurs systèmes de normes nationales peut survenir (par ex. : la vente d'un bien situé à l'étranger, la vente de marchandises conclue entre deux opérateurs de nationalité différente, les questions de la nationalité des personnes physiques ou morales et la condition des étrangers, le mariage entre un Français et une Américaine en Espagne...). Les règles du droit international privé ont alors vocation à régir ces types de conflits. Trois types de conflits peuvent surgir :

– des **conflits de lois**. Une Française se marie avec un Anglais en Allemagne. Ils souhaitent divorcer en Belgique. Quelle loi appliquer, la loi française, anglaise, allemande ou belge ? Chacune pourrait légitimement s'appliquer. Le droit international privé a pour objet, selon les matières (statut personnel, contrat, statut réel, nationalité des personnes ou des sociétés...), à désigner la loi applicable selon une *méthode de conflit de lois*. Ainsi, en matière de statut personnel (mariage, divorce, filiation...), c'est la loi nationale qui s'applique en principe (C. civ., art. 3, al. 3). En matière de statut réel, c'est la *lex rei sitae*, la loi où se situe le bien. Des conventions réglant de tels conflits de lois cherchent à régler ces questions, comme par exemple, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui désigne ou la loi choisie par les parties ou, à défaut, la loi de l'État où le débiteur de la prestation caractéristique du contrat est établi. S'agissant d'un fait juridique, une question de responsabilité par exemple, la loi applicable est celle du lieu où le fait a été constitué, c'est-à-dire la loi du lieu de commission de la faute ou de réalisation du préjudice ;

– des **conflits de juridictions** surgissent également en cas de litige : pour reprendre notre exemple, est-ce une juridiction française, anglaise, allemande ou belge qui a vocation à connaître ce litige ? Des conventions internationales tentent de régler ces difficultés (par ex. pour l'Europe, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 remplacée par un règlement communautaire n° 44/2000 du 22 décembre 2000 désignant, en principe, l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur) quoique les Français bénéficient d'un *privilège de juridiction* (C. civ., art. 14 et 15) permettant d'attirer un étranger en France ou d'être jugé en France pour un litige avec un étranger ;

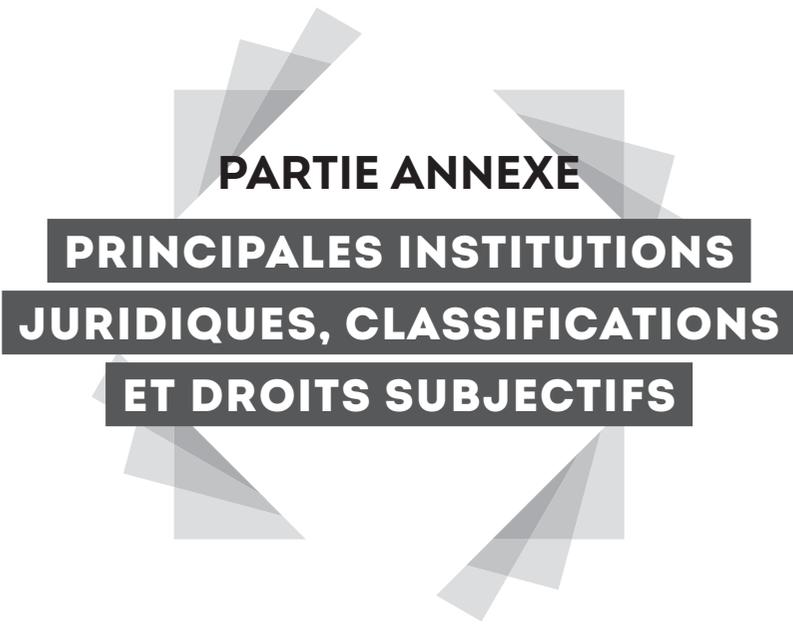
– des **règles de droit matériel** sont également proposées par des conventions internationales. De nombreux exemples existent, essentiellement en droit des affaires, la convention de Varsovie de 1929 sur la responsabilité aérienne, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises : elles visent à créer un droit uniforme à plusieurs États signataires de ces conventions. En matière de vente internationale de marchandises, par exemple, la convention de Vienne crée un ensemble de règles supplétives qui se substituent au régime interne de la vente.

Bibliographie



OUVRAGES

- C. Kessedjian et V. Pironon, *Droit du commerce international*, PUF, 2^e éd. 2020.
- J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^e éd. 2014.
- J.-B. Racine et F. Siirianen, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd. 2018.



PARTIE ANNEXE

PRINCIPALES INSTITUTIONS JURIDIQUES, CLASSIFICATIONS ET DROITS SUBJECTIFS

216. - Classifications du droit et *summa divisio*. Pour traiter de médecine, il faut des corps : chacun sait que les progrès de la médecine reposent sur la possibilité de réaliser des dissections, de procéder à une revue anatomique expérimentée. Robert Merle raconte dans la saga *Fortune de France* les aventures de son héros, étudiant en médecine cherchant désespérément des corps à disséquer. Les études de médecine commencent réellement, en deuxième année, par des dissections. Il en est de même en droit : on peut disserter à l'infini et abstraitement sur les mérites de telle institution, cela ne vaut que face à des cas concrets. C'est la raison d'ailleurs de l'apprentissage du droit par des commentaires d'arrêts qui constituent autant de cas déjà résolus, qui supposent de maîtriser un certain nombre d'institutions juridiques. Sans proposer un résumé de *tout* le droit, ni même de tout le droit civil, l'habitude a été prise de proposer une présentation des principales institutions du droit privé. L'objet des normes juridiques, du droit, est en effet constitué de l'ensemble des institutions qui établissent, juridiquement, les relations juridiques.

Peu importe ici les catégories, droits subjectifs, libertés, etc., Ainsi, l'article 544 du Code civil définit le droit de propriété, et il est complété par de très nombreux textes, dans le Code civil ou en dehors (Code de la construction et de l'habitation, Code de l'urbanisme, Code rural et de la pêche maritime, etc.), qui définissent des *prérogatives juridiques* du propriétaire ou les limites de ces prérogatives, les droits d'un locataire, d'un voisin, du titulaire d'une servitude, etc. De même en est-il des libertés, comme la liberté du travail, la liberté contractuelle, etc., qui peuvent être saisies du point de vue de leurs sources, constitutionnelles, conventionnelles ou légales, ou de leur domaine, en termes de libertés publiques ou individuelles, etc. Par exemple la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'aller et venir, la liberté du travail sont des libertés publiques, dont l'existence est posée par la Constitution, par la loi ou parfois reconnue par le Conseil d'État, et dont l'exercice est garanti, contre l'État, par le contrôle de validité des actes réglementaires par le

Conseil d'État, et contre une personne par les tribunaux ordinaires. Certains sont des « droits fondamentaux » reconnus comme tels dans des textes particuliers : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle, la Convention européenne des droits de l'homme, etc. Ces « droits fondamentaux » permettent alors le contrôle de la validité de loi, par un contrôle constitutionnel ou un contrôle de conventionnalité.

Chacun a pu, durant l'épisode du Covid-19, faire l'expérience sensible de ce que sont des droits fondamentaux, la liberté d'aller et venir par exemple, ou la liberté du travail et une situation de contrainte, l'état d'urgence sanitaire de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique, inventé pour l'occasion par la loi du 23 mars 2020, et les mesures de privation de l'exercice de ces libertés, les sanctions promises, les avertissements, la crainte de se trouver dans une situation de mettre en danger la vie d'autrui, ou d'être la victime d'une telle situation, etc. Chacun a pu aussi mesurer, pour soi-même et pour les autres, le caractère approprié, proportionné, ou le contraire, et observer que des recours étaient engagés contre certaines mesures, que des salariés faisaient valoir des droits, de retraits par exemple, etc. Cet épisode fut, pour les citoyens attentifs, une expérience unique et tragique d'une situation juridique unique, condensant l'ensemble des situations juridiques exceptionnelles qu'on puisse éprouver.

Il peut s'agir également de règles qui ont pour objectif l'organisation d'une institution, comme les règles du droit public relatives aux collectivités locales, ou bien la détermination du jeu des prérogatives juridiques reconnues aux justiciables par la loi, comme les règles du Code civil, qui sont alors un ensemble de libertés, de facultés, de droits, de devoirs, d'interdits, de techniques de contrôle, comme dans l'institution du mariage par exemple.

En droit privé, ces techniques juridiques sont souvent observées sous le prisme des droits subjectifs, termes qui doivent beaucoup à l'influence des auteurs allemands du XIX^e siècle, qui peuvent être considérés comme des « intérêts légitimes, juridiquement protégés », ou des facultés, reconnues à un individu, de faire prévaloir de manière réelle l'effet juridique potentiel d'une règle de droit.

Cette notion de « droit subjectif » est particulièrement bien adaptée à de véritables droits individuels, souvent appropriés : le droit de propriété, un droit de créance, mais correspond parfois à des réalités plus diffuses.

Par exemple, si je dispose de la faculté d'engager la responsabilité de celui qui, par son fait, m'a causé un préjudice, peut-on en déduire que je dispose d'un « droit » à ne pas subir de préjudice, et inversement, que l'auteur de celui-ci assume une « obligation » ou un « devoir » de ne pas me causer de préjudice, d'être prudent, d'être diligent, de bonne foi, loyal, etc. ? Le standard de comportement est ici l'image, « objective » d'une sorte d'*homo juridicus*, le « bon père de famille » ou la personne raisonnable, qui n'existe évidemment pas. Il n'existe pas de devoir d'être loyal, raisonnable, diligent ou de bonne foi et heureusement ! Ce sont les dictatures qui exigent de tous qu'ils fassent, en permanence la démonstration, perverse, qu'ils sont de « bons » citoyens » et qu'ils correspondent aux exigences positives posées par la loi. Dans une démocratie libérale, c'est tout le contraire, ce qui n'est pas interdit est permis (dans un système autoritaire, ce qui n'est pas autorisé expressément est interdit) et nul n'a besoin de prouver qu'il respecte la loi, c'est, à l'inverse, à celui qui subit un non-respect ou à l'État de prouver qu'une personne ne la respecte pas. Il n'existe donc qu'une sanction potentielle d'un comportement déloyal ou de mauvaise foi.

La notion de « droit subjectif » en tant qu'elle serait explicative des prérogatives juridiques des justiciables est donc au mieux pédagogique, et de ce point de vue, pour certains droits subjectifs, susceptible de catégorisation.

Est-il, alors, absolument nécessaire de proposer une description, nécessairement partielle et résumée, de quelques-unes de ces règles dans une introduction générale au droit ?

Rares sont les ouvrages d'introduction au droit qui n'y sacrifient pas, quand bien même des ouvrages spécifiques, en nombre, permettent de cerner beaucoup mieux et plus profondément les matières concernées, mais ne serait-ce que pour apporter à l'étudiant encore peu habitué à les manier, nous aborderons quelques-uns de ces éléments, au minimum, à titre de vocabulaire.

Cette définition, qui n'en est pas une, comprend de nombreuses difficultés puisqu'il faut admettre que c'est « le droit » qui détermine la nature des « relations gouvernées par le droit ». Pour prendre un exemple, la question du voile, à l'école ou dans l'espace public est, comme les autres questions touchant au religieux ou la pensée, de l'ordre de la sphère d'intimité. Mais c'est bien parce que « le droit » a choisi, dans un premier temps, de ne plus imposer une religion particulière, le catholicisme en France, puis que « le droit » a décidé que cette sphère d'intimité devait cependant faire l'objet d'une réglementation. Dans un autre registre, nul n'a le droit de se couvrir le visage, soit par un voile soit par un casque par exemple, mais, pendant la période du Covid-19 nombre de pays, dont la France, ont imposé le port d'un masque. Les « relations gouvernées par le droit » sont donc diverses, parce que les circonstances sont diverses.

Pour observer ces « relations gouvernées par le droit », les règles de droit, les juristes ont tendance à procéder par classifications, par distinctions, par divisions, par définition. Un contrat, c'est une convention qui produit des obligations, par conséquent, ce n'est pas un acte unilatéral, mais c'est un acte, ce n'est pas un fait juridique, etc.

Les juristes sont en effet comme les entomologistes, ils aiment décrire, décoriquer, distinguer, catégoriser, sérier, observer, disséquer, « dichotomiser », classer, ranger les institutions qu'ils rencontrent.

Ils utilisent pour cela – imitant les autres scientifiques – des classifications dans lesquelles ils pensent que tout est envisagé, que rien n'est laissé en dehors de la classification. C'est ainsi que le droit, qui n'est pas une science au sens technique du terme mais un savoir, un art même, s'étudie de manière qui se veut scientifique, méthodique, avec quelques bémols : cette méthode se présente pratiquement toujours comme une association entre des *principes* et des *exceptions*, la distinction étant présentée comme scientifique, alors qu'elle est parfois sinon assez approximative, du moins humaine.

Le terme de *summa divisio* identifie cette situation : ainsi, si je veux classer les étudiants d'un amphithéâtre, je peux utiliser plusieurs types de *summa divisio* : je peux opposer les filles et les garçons, les étudiants à lunettes et les étudiants sans lunettes, les primants et les redoublants, ceux qui veulent poursuivre en droit privé ou en droit public, etc. Reste à déterminer quelle distinction est la plus pertinente pour assurer cette description. Celle que je choisirai sera considérée comme pertinente, mais c'est bien entendu un code, un postulat, qui m'est propre. Pour un autre, en d'autres temps ou en d'autres circonstances, une autre distinction aurait tout aussi bien pu être considérée comme pertinente.

Toute *summa divisio* contient alors une catégorie « fermée », dont les critères d'admission sont les plus rigoureux et une catégorie « ouverte », « fourre-tout ». Par exemple, l'article 516 du Code civil assure que « les choses sont meubles ou immeubles » : les immeubles forment la catégorie « fermée », les meubles la catégorie « ouverte ». Ainsi si je me pose la question de savoir si un droit d'auteur est un immeuble ou un meuble, je peux observer que ce n'est pas un immeuble et, donc, que c'est un meuble (V. *infra*, n° 234). C'est d'une logique rigoureuse et discutable. On aurait tout aussi pu distinguer les choses selon qu'elles peuvent être déplacées ou non (le droit d'auteur devient un immeuble), selon qu'elles sont une valeur importante ou non, ou bien créer d'autres catégories.

217. - Plan. Il convient alors d'observer, même rapidement, quelques **classifications du droit**, là encore en relativisant le propos car il s'agit davantage des

classifications généralement proposées en droit dont parlent les juristes (Chapitre 1) avant d'entrer dans le vif du sujet et observer, après s'être convaincu de la place prépondérante du droit civil, une distinction fondamentale en droit privé qui oppose les personnes, les sujets de droit, et les biens, **l'objet des droits** (Chapitre 2), puis une seconde distinction qui oppose les droits subjectifs entre eux permettant de présenter les **principaux droits subjectifs** (Chapitre 3), mais également les éléments de la preuve des droits (Chapitre 4). On aurait aussi bien pu présenter la question de l'ordre juridique, question qui suppose résolue celle de la source de cet ordre.

Autant dire que nous allons visiter des classiques, les grandes distinctions, de manière un peu figée, mais aussi quelques éléments du « contenu droit » plus exactement du « contenu droit privé » à travers essentiellement ce que Carbonnier désignait comme les trois piliers du droit privé, la famille, le contrat, les biens. En réalité, le « temple droit » pourrait s'enrichir de nouveaux piliers, l'activité de l'État, pilier essentiel dans un pays où la fonction publique est essentielle, le pilier « personnes » dont nous verrons que leur étude fait l'objet d'une approche renouvelée et singulière, ou le pilier « activités » des personnes. Ces questions seront disséminées dans ces trois sections successives.



CHAPITRE 1

QUELQUES CLASSIFICATIONS EN DROIT

218. - Principale ou fausse classification ? Droit privé et droit public. Cette première distinction aujourd'hui classique entre droit privé et droit public, que le droit romain connaissait mais que l'Ancien droit avait largement limitée, résulte de la part de plus en plus importante prise par l'État depuis la fin du XVIII^e siècle, justifiant l'identification d'un droit des personnes publiques, de l'administration, de l'État : le droit public, le droit de l'administration. Partant, le constat que l'État et ses agents cherchent à assouvir des buts d'intérêt général a contribué à identifier un corps de règles particulières et autonomes du droit privé, le droit administratif, depuis un arrêt du Conseil d'État du siècle dernier, l'arrêt *Blanco* rendu en 1873 par lequel le Tribunal des conflits proclamait le Conseil d'État juge administratif. L'intérêt général : voilà le maître mot, la justification de la spécificité du droit public (qui est une spécificité française, inconnue des pays de *common law* par exemple), contre les intérêts privés. L'intérêt général n'est pas équivalent à la somme des intérêts privés plus celui de l'État ; il est autre chose, une abstraction, très utile et très efficace puisqu'elle justifie le rôle de l'État et, au moins, le monopole de la violence physique, comme le disait Max Weber. C'est donc un élément de la souveraineté d'un État, qui justifie que des prérogatives particulières, supérieures à celles que les individus pourraient revendiquer, qui établit, sur cette base, les « pouvoirs de l'administration », le droit public en droit français.

Aujourd'hui, la séparation est entièrement consommée en droit français à la différence de nombreux droits étrangers qui ne connaissent pas cette distinction. Le droit public, le droit administratif, disposent aujourd'hui leurs propres règles dans tous les domaines, droit des biens, des contrats, des fonctionnaires, etc.

Le droit public rassemble l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports entre les particuliers et l'État et l'organisation de l'État lui-même. Le droit privé concerne les règles gouvernant les rapports des particuliers entre eux.

219. - Critères de la distinction. Deux critères, présentés comme essentiels, distinguent le droit public et le droit privé :

– le droit public cherche d’abord à satisfaire l’intérêt général alors que le but des règles de droit privé est de satisfaire et garantir des intérêts privés, des intérêts individuels, domestiques, privés ;

– le droit public est ensuite fondamentalement inégalitaire puisqu’il favorise l’État en toute hypothèse contre les particuliers alors que le droit privé tend au contraire à promouvoir l’égalité entre les personnes (ou les patrimoines). Par exemple, l’administration dispose de pouvoirs exorbitants du droit commun en matière contractuelle, qui lui permettent par exemple de modifier le contenu d’un contrat en cours d’exécution, ce qui est impossible en droit privé ;

– le droit public est en outre impératif alors que le droit privé insiste sur la volonté individuelle ; il est donc le plus souvent supplétif. Cette impérativité du droit public s’explique aisément : le droit public se préoccupe essentiellement du droit de l’administration, relations entre administrations, à l’égard des particuliers, appelés usagers... Aussi l’administration est-elle dotée de pouvoirs exorbitants du droit commun (en matière de contrats administratifs ou d’expropriation...), dispose de juridictions particulières (tribunaux administratifs, cours administratives d’appel, Conseil d’État) et d’agents, les fonctionnaires.

220. - Critiques de la distinction. Cette distinction est cependant l’objet de nombreuses critiques (V. *infra*, notamment, M. Miaille, pour une critique marxiste du droit : « La distinction entre droit public et droit privé n’est donc pas naturelle : elle n’est pas logique en soi, elle rend compte d’une certaine rationalité, celle de l’état bourgeois », *Introduction critique au droit*, Maspero, 1975).

Elle est d’abord très imprécise puisque bien des règles sont difficiles à identifier comme relevant d’un ensemble ou d’un autre. Il en est ainsi par exemple de la difficulté de classer le droit pénal : droit de la force répressive de l’État, et pour cette raison susceptible d’être intégré dans le droit public, et droit réprimant les infractions commises par les particuliers, classé pour cette raison dans le droit privé. On peut ensuite réitérer le raisonnement à propos de branches nouvelles du droit à consistance très économique et donc à la frontière entre la protection des intérêts privés et de l’intérêt général : le droit de la concurrence, le droit boursier et financier, le droit fiscal, le droit de l’environnement, le droit de la santé : si je suis patient d’un médecin privé ou si je suis patient d’un médecin exerçant à l’hôpital, serais-je soumis à une même règle ou à des règles distinctes ? C’est, comme pour illustrer l’absurdité de cette division, la seconde réponse qui l’emporte. Du reste l’épisode du Covid-19 a montré que la frontière était particulièrement ténue.

On parlait également autrefois de la « publicisation » du droit privé, surtout dénoncée après la Seconde Guerre mondiale et la grande série d’ordonnances adoptées en 1945, par exemple pour illustrer la force de l’ordre public en droit privé comme de l’ordre public économique en droit des contrats ou de l’ordre public social qui risquait, croyait-on, d’aboutir à l’absorption du droit privé par le droit public. Il s’agissait de la prise en compte de ce que le temps du droit des contrats relevant des seuls intérêts privés était passé. Pour nombre de juristes (de droit privé), la menace était présentée comme une forme de perversion, voire de contamination ou de socialisation du droit privé, alors présenté comme « pur », conception aujourd’hui dépassée (V. *infra*, la littérature d’alors : R. Savatier, *Droit privé et droit public : D.* 1946, p. 25. – H. Mazeaud, *Défense du droit privé : D.* 1946, p. 17. – J. Rivero, *Droit public et droit privé, conquête ou statu quo ? : D.* 1947, p. 69). On pourrait tout autant dénoncer la privatisation du droit public (ne parle-t-on pas de contractualisation des rapports de l’administration ?) à travers ses activités privées, d’actionnaire, d’assureur, de banquier, de producteur de biens et de services, d’employeur, de contractant, y compris pour servir des intérêts privés comme dans le cas des « partenariats public-privé », de « consommateur », de concurrent. Ces exemples démontrent sinon l’impertinence de la distinction, du moins sa relativité.

La distinction est également erronée dans la mesure où il n'y aurait pas des règles qui s'intéressent au bien public, celles du droit public, et celles qui n'intéressent que les intérêts privés. Toute règle de droit serait associée à une certaine recherche d'utilité collective, en une conception sociale ou marxiste du droit qui chercherait toujours l'intérêt social, peu important qu'il intéresse l'État ou les particuliers.

Les règles gouvernant la propriété sont un bon exemple : considérée comme un droit absolu, inviolable et sacré (DDHC, art. 2 et 17 ; C. civ., art. 544) attachée à une personne propriétaire, elle supporte nombre d'atteintes imposées par l'intérêt général (droit de chasse, servitudes publiques, expropriation pour cause d'intérêt général, etc.).

Surtout, la différence d'objet entre les deux droits, l'État et les collectivités publiques pour l'un, les rapports entre particuliers pour l'autre, est floue. Ainsi, bien des activités de l'État ou de ses démembrements relèvent du droit privé : par exemple la gestion du domaine privé de l'État, de même que certaines activités des personnes privées relèvent du droit public comme les ordres professionnels ou l'activité des fédérations sportives, mais encore, dans le domaine du droit des investissements, où les litiges sont souvent réglés par voie d'arbitrage, où des fonds souverains, privés, mais propriété de fonds d'État sont présents.

Par ailleurs, cette distinction est contingente puisque des droits étrangers, à commencer par les systèmes de *Common Law*, l'ignorent totalement.

Aussi, cette distinction doit-elle être considérée comme ce qu'elle est : une réalité positive en ce sens que nombre de règles du droit privé ou du droit public s'ignorent, mais relative car, au contraire, de nombreux points de convergence les rapprochent. De fait, la conception des règles intéressant les rapports entre l'État et ses administrés ne peut pas être de même nature que les règles intéressant les rapports entre particuliers. La distinction n'est peut-être pas exacte, mais constatons qu'elle est présente avec ses défauts : imprécision et contingence.

221. - Droits politiques et libertés publiques. Le droit public reconnaît aux justiciables des droits particuliers, le droit de vote, le droit de se présenter à une élection, l'immunité (relative) de l'élu qui sont autant de droits politiques.

Les libertés, publiques ou individuelles, constituent des prérogatives attachées à une personne qu'elle peut faire valoir à l'encontre de la collectivité ou d'une autre personne. Elles sont reconnues par la Constitution de 1958, par la Déclaration des droits de l'homme et le préambule de la Constitution de 1946 : la liberté de conscience, de travail, d'expression, etc. L'intérêt de reconnaître de telles libertés tient à leur autorité (on parle fréquemment de *droits et libertés fondamentaux*, V. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 2020) : elles pourront faire échec à telle ou telle intervention législative qui viserait à les contraindre, par le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme par exemple, ou les juridictions ordinaires. S'agit-il de droits ou de libertés propres au droit public ? Rien n'est moins sûr.

Les termes « libertés publiques » visent moins la source, publique, de ces droits que leur caractère collectif, général. C'est le cas par exemple de la liberté de la presse, de la liberté d'association. Toutefois, la frontière avec les libertés individuelles est parfois ténue. La liberté d'expression par exemple, le droit au respect de la vie privée, le droit à une vie familiale, le droit de grève, ne relèvent pas plus du droit public que du droit privé. Ainsi, la propriété est définie par l'article 544 du Code civil comme « le droit de jouir et disposer d'une chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ; c'est un pilier du droit privé. Mais, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 définit les droits naturels et imprescriptibles de l'homme comme « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme propose sa propre définition. Alors, la

propriété : une prérogative juridique ou une liberté publique ? En réalité, il n'y a pas véritablement de confusion. L'article 544 du Code civil est le texte de base, propre à organiser les rapports juridiques en fonction de la propriété alors que l'article 2 de la Déclaration de 1789 est utilisé comme étalon de validation d'une loi votée par le parlement par le Conseil constitutionnel pour en apprécier la constitutionnalité. Et il en est ainsi de nombre d'apparentes confusions, comme la liberté d'expression, d'information, d'aller et venir, de conscience, syndicale.

Tous ces rapports juridiques se manifestent, au mieux, dans les relations entre une personne et la puissance publique. Les droits subjectifs, au contraire, se manifestent entre personnes privées. Il reste que les personnes physiques disposent, entre elles, de certaines libertés, liberté d'ester en justice, notamment, ou liberté matrimoniale.

222. - Distinctions du droit public. Rôle de l'État : de la sanction à l'action.

Les trois grandes branches du droit public sont constituées du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit international public. Le *droit constitutionnel* rassemble les règles qui intéressent l'organisation politique de l'État, son fonctionnement et la mise en œuvre de ses règles, à partir de l'observation de la Constitution et des règles qui s'y rattachent, lois constitutionnelles, lois organiques, décisions du Conseil constitutionnel, avec de nombreux rapports avec la science politique.

Le *droit administratif* comprend les règles d'organisation de l'administration, des services publics, des agents de l'État, des biens publics, des libertés publiques, de la justice administrative.

Le *droit international public* s'exprime à travers les règles interétatiques, par des conventions ou traités internationaux, lesquelles se retrouvent dans des organisations internationales, dont la plus importante, l'ONU.

Au-delà de ces distinctions académiques, le rôle de l'État s'exprime de façon multiple. L'État est en premier lieu celui qui assure l'existence et l'application des **sanctions**. C'est le grand progrès de ces deux derniers millénaires. L'État s'est progressivement arrogé le monopole de la sanction et de la force, contre les anciennes pratiques de vengeance privée (par ex. : le duel) ou non étatique (par ex. : l'inquisition) : nul ne peut se faire justice soi-même.

Aujourd'hui, le **droit pénal** (que l'on a pourtant l'habitude de classer dans le droit privé car il se dirige contre les personnes qui commettent des infractions) est contenu dans le Code pénal, ainsi que nombre de règles pénales insérées dans des lois non codifiées, et le Code de procédure pénale réformé en 2001. Quelques grands principes gouvernent la matière dont le plus important est celui de la légalité des crimes et des peines : aucun crime, aucun délit, mais aussi aucune peine ne peuvent être constatés ou prononcés s'ils ne font l'objet, préalablement, d'une incrimination par la loi. Ce principe est le garant essentiel des libertés individuelles.

L'État procède également à un double flux financier entre lui et les citoyens, par des **impositions** et des **redistributions**, finançant et réalisant le budget de l'État. Il ponctionne l'impôt et des cotisations sociales en respectant les règles du **droit fiscal** (dans lequel plusieurs grands impôts se côtoient, des impôts sur le revenu, sur le chiffre d'affaires ou sur le capital) et du **droit de la sécurité sociale** puis il redistribue, après avoir payé ses fonctionnaires, ses équipements, sa dette éventuelle, par des aides et des subventions, selon des critères établis par la loi, qui peuvent être sociaux, économiques, culturels... : c'est le modèle de l'État-providence.

Enfin l'État est devenu un **acteur** de la vie économique, ce qui le conduit à se soumettre à de nombreuses règles du droit privé, comme le droit des contrats, le droit des sociétés ou encore le droit de la concurrence, solution contraignante pour l'État car il n'est alors plus en situation de supériorité mais est placé à égalité avec ses partenaires.

223. - Le droit privé : l'homme, sa nature, ses activités, ses richesses. Si le droit public est centré sur le rôle et l'activité de l'État, le droit privé s'intéresse, tout au contraire, à l'homme dans toutes ses dimensions.

Il s'intéresse d'abord à la personne humaine, dans toutes ses caractéristiques : morale, physique, familiale, philosophique à travers l'instrumentalisation des règles des droits de l'homme.

Il intéresse ensuite les activités de l'homme et notamment son activité professionnelle : le droit commercial ou des affaires, la considération de l'entreprise, le droit rural, le droit du travail, le droit de la consommation, etc. sont l'illustration de cette préoccupation.

C'est donc le droit du quotidien : la vente, le mariage et le divorce, l'éducation des enfants, les relations entre associés dans une société, les relations de travail, etc.

224. - Place du droit civil dans le droit privé. Le droit privé se distingue en rameaux, comme, d'ailleurs l'ensemble des raisonnements juridiques, en sorte que l'on peut proposer un plan présentant en arborescence le droit privé.

Cette présentation est assez arbitraire et abstraite en définitive car essentiellement fondée sur les enseignements diffusés dans les facultés de droit ; c'est une présentation de professeur, pas de praticien. Un praticien de droit des affaires, par exemple s'intéresse aussi bien au droit des contrats, des sociétés, de la procédure, qu'ils soient public ou privé, etc. Une place essentielle est réservée au droit civil, considéré comme le **droit commun du droit privé** : toutes les autres branches du droit privé se réfèrent au droit civil et lui apportent des exceptions. À bien des égards, ce n'est pas exact : le droit civil appliqué aux affaires tient lieu de place centrale du droit privé.

Une **branche** peut se définir comme un ensemble de principes et de concepts juridiques formant un corps de règles cohérentes et relativement autonomes d'une branche plus importante. C'est là encore un code, aucune branche n'est étanche par rapport aux autres, par exemple en droit civil, et surtout par rapport à d'autres disciplines.

C'est ainsi que l'on classe fréquemment le droit privé en opposant le droit commun, le droit civil, et les droits d'exception comme le droit commercial, le droit processuel ou le droit social. Dans le droit civil, on distingue encore entre le droit des personnes, de la famille, des biens, des obligations, des régimes matrimoniaux ou des successions.

Ces classifications sont très largement arbitraires, comme l'est la division du droit en branches rattachées au tronc commun du droit civil (V. *infra*, F. Grua, *Les divisions du droit* : RTD civ. 1993, p. 59). Ainsi, le droit des contrats spéciaux, généralement classé dans le droit civil, appartient aussi au droit commercial, si l'on constate des contrats spéciaux du commerce. Sur ces critiques, de nouvelles classifications peuvent être proposées autour de la notion d'activité ou d'entreprise. Ainsi pourrait-on réorganiser chaque branche du droit selon qu'il s'agit de branches d'un droit professionnel ou d'un droit extra professionnel... mais il n'est pas certain que le résultat serait plus heureux.

225. - Principales branches du droit privé. Il reste que l'on envisage généralement différentes grandes branches du droit, autres que le droit civil.

Le **droit commercial** qui gouverne les activités des commerçants, remontant au Moyen Âge et regroupant le droit commercial général, le droit des sociétés, le droit bancaire, le droit boursier, le droit de la concurrence, le droit des entreprises en difficulté, etc. Aujourd'hui le droit commercial fait l'objet de profondes mutations : on parle d'ailleurs plus aisément de **droit des affaires** que de *droit commercial* tant ses règles se sont élargies à toutes les activités professionnelles, ou de **Droit du commerce international** pour envisager ces règles dans les échanges internationaux. Il s'agit d'une question essentielle du droit français. Longtemps, imitant la

conception physiocratique qui, économiquement, inspirait le Code civil, mais aussi par antithèse du droit anglais du XIX^e siècle et du libre-échange, le droit français s'est refusé, sauf de façon minimaliste, à affronter ces règles. Il fallut attendre 1867 et la période libérale du Second Empire pour que les sociétés par actions soient admises en droit français (V. *infra*, comp. J. Hilaire, *Histoire du droit commercial*, PUF, 2002). Une seconde réforme vint en 1966 et, depuis, elles ne cessent de se succéder, à la fois sous la pression communautaire et étrangère pour rendre « compatible » le droit français des affaires avec la mondialisation. La crise de 1929 avait conduit les banquiers américains à fuir l'Europe, provoquant une récession sans précédent en Allemagne, terreau du nazisme, puis le retour définitif de ces mêmes banquiers et industriels dans les talons des armées victorieuses en 1945. La crise financière et bancaire de 2008 précipitant la crise institutionnelle de 2010 a conduit, pour d'autres raisons, dues à la créativité en matière d'instruments financiers propres à assurer la valorisation d'un crédit privé puis public sans précédent, à réfléchir à des techniques de réglementation, ou de régulation, du secteur, et ce au niveau mondial.

Le **droit social** intéresse toutes les relations de travail, entre employeurs et salariés, à travers le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale. C'est un droit très compliqué, très spécifique, très politique. Sont concernées les questions relatives aux relations individuelles ou collectives de travail. Par relations individuelles, il s'agit de mesurer le contenu du contrat de travail (salaire, mobilité, missions, etc.), les pouvoirs de l'employeur (pouvoir de décision, de surveillance), les droits et la protection du salarié (congés payés, licenciement, etc.), mais aussi les éléments de distinction, la situation des dirigeants salariés, l'extension du statut du droit du travail à des catégories non salariées (les VRP, les journalistes par exemple) ou celle de l'*imperium* du droit du travail : peut-on déroger aux règles du droit du travail ? Par relations collectives de travail, sont envisagées les questions de représentativité et de représentation des salariés, par les syndicats ou par des représentants élus des salariés au sein de l'entreprise, le droit de grève et son inverse, le *lock-out*, la grève de l'employeur.

Ces deux matières, droit des affaires et droit du travail, sont essentielles. Elles assurent une part majeure des règles qui gouvernent l'activité professionnelle de chacun d'entre nous en termes de choix : si je crée demain une société pour exercer le métier d'avocat, quelle société vais-je choisir, quels seront les coûts sociaux et fiscaux, comment gérer mon personnel, selon quel type de rapport juridique ?, etc. C'est aussi l'ensemble des règles qui assurent l'activité économique de notre pays, de la qualité de ses échanges, c'est-à-dire des contrats internationaux conclus soit pour acheter soit pour vendre à des opérateurs étrangers. Ce faisant, ce sont les règles qui sont le plus à même de s'intégrer dans un processus assez nouveau, celui de la concurrence des droits. L'exemple du droit social est particulièrement topique. Un droit social très protecteur, celui des modèles rhénans, français, toscans ou scandinaves, assure un confort acceptable de tous dans une logique de croissance. Dans une logique de stagnation, voire de décroissance, et face à la concurrence de pays qui disposent d'une forme d'activité concurrente et de droits sociaux moins élaborés et moins protecteurs, la logique du libre-échange conduit inéluctablement aux délocalisations. Dans un modèle économique parfait, les délocalisations sont un fait social admissible : elles procurent du travail à des populations pauvres, assurent leur enrichissement, qui profite aux pays riches qui produisent avec une plus forte valeur ajoutée, leur émancipation et finalement leur liberté. C'est le modèle libéral du doux commerce de la philosophie anglaise du XVII^e siècle. Jusqu'au moment où cela fonctionne moins bien comme pour la France, victime de délocalisations massives : transport des marchandises dans des conditions sûres, rapides et peu onéreuses, facilité d'installation à l'étranger, faible retour de l'enrichissement d'autrui, *dumping* social, fiscal, et environnemental, évanouissement des profits dans des paradis fiscaux

ou des places financières non françaises (New York, Londres, Dubaï, etc.). Ce qu'on appelle pudiquement « la crise » repose sur cet ensemble de facteurs économiques et sociaux, et appelle une réponse juridique, essentiellement communautaire et ce faisant, pour des raisons déjà dites, non françaises. Le droit ne peut pas tout, dit-on souvent. Pourtant, le droit communautaire, le droit américain, le droit financier international peuvent tout.

Le **droit pénal** est cet ensemble de règles, celles du *droit pénal général*, celles du *droit pénal spécial*, celles de la *procédure pénale*, qui assure la sanction des infractions. C'est évidemment une question essentielle qui pose, ici encore, la question de la compréhension du système juridique et judiciaire : quelles sont les garanties de la défense, quels sont les pouvoirs de la partie poursuivante (le procureur en France), quels sont les droits de victimes (simples « parties civiles » dans le procès pénal), quel est le rôle du juge d'instruction, le tout au service d'une recherche de la vérité encore plus essentielle qu'en matière civile, mais également d'une efficacité de la poursuite pénale (quel est le rôle de la peine pénale, quels sont les types admissibles de peines pénales, comment décide le juge pénal) mais également de moyens et donc de budget.

Le **droit international privé** régit les rapports entre les personnes dès lors qu'un élément d'extranéité intervient ; il englobe le droit du commerce international (à moins que ce ne soit du droit des affaires...), le droit de la nationalité. C'est, là encore, un mécanisme essentiel qui répond à des questions très simples : un contrat conclu entre un Français et un Italien est régi par quel système juridique, jugé par quel système judiciaire selon la méthode dite des conflits de lois et de juridictions ? (V. *infra*, n° 298). Parfois, les questions sont plus complexes et plus essentielles. Appliquera-t-on le principe de l'ordre public français ou, plus sûrement, l'*effet atténué de l'ordre public* ? De même, deux époux souhaitent obtenir une maternité de substitution par un contrat conclu en Californie avec une « mère porteuse locale » : ce contrat sera-t-il validé en France ? Comment gérer le conflit de jugements par exemple, à l'instar de l'affaire de l'enlèvement de la petite fille d'Arles sous les yeux de son père, entre le jugement français de divorce attribuant la garde au père en France alors que la mère est russe et a obtenu la garde de l'enfant par un juge russe ?

Le **droit processuel**, ou droit judiciaire privé ou procédure civile, révèle les conditions de l'accès aux juridictions en cas de litige, accompagné des voies d'exécution et des procédures spéciales (prud'homale, commerciale, fiscale...). Une nouvelle fois un droit fondamental. Quelle est la place du juge ? Doit-il s'en tenir aux preuves et aux prétentions des parties (c'est-à-dire s'en remettre finalement à celui qui est le plus prudent, le plus diligent) au nom d'un principe de sécurité et de prudence (qui assure une forme d'assujettissement du plus faible au plus fort, du plus pauvre au plus riche, du moins éduqué au mieux instruit, etc.), ou bien le juge peut-il, même en matière civile empiéter sur le rôle de parties et *instruire* le procès, au nom d'un principe de vérité et de justice ? Ces questions essentielles sont sans doute inférieures à des contingences financières, qui ont pu guider l'élaboration des lois du 18 novembre 2016 « Justice du XXI^e siècle » et du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui optent vers une déjudiciarisation du procès, au profit de formes alternatives de règlement des litiges, la négociation amiable précontentieuse, la médiation ou l'arbitrage.

Tout ceci est cependant très imparfait et l'on peine à classer le droit des assurances, le droit de la construction, le droit de la propriété intellectuelle, le droit de l'Internet, le droit de la santé, le droit de la consommation, le droit de l'informatique, etc., dans ces classements souvent obsolètes. À moins que tout classement soit vain.

226.-Prépondérance du droit civil ? Cette confusion et ces approximations résultent de la très grande prépondérance, en droit privé, du droit civil, en raison du caractère accessoire du droit commercial reconnu dès 1804, mais aussi parce que le

droit civil intéresse les questions les plus importantes, suppose-t-on. Peut-être aussi parce que le Code civil est le seul code véritablement napoléonien, « la Constitution civile des Français », l'héritage à la fois des idéaux de la Révolution, de l'histoire du droit d'Ancien Régime et un code à vocation universaliste, fabriqué pour s'appliquer en France et au monde, une bénédiction *urbi et orbi* civile.

Le droit civil est à la fois le droit des personnes et celui des activités essentielles de celles-ci. Ainsi, le droit des obligations ou le droit des biens ne distinguent pas selon que ses utilisateurs sont des commerçants, des professionnels ou non. Or, le besoin de droit peut être très différent, en terme de sécurité, de protection ou de rapidité selon que l'on est professionnel ou particulier. Le droit civil est alors considéré comme le droit commun du droit privé, que renforcent encore la présence et la cohérence du Code civil, comparé aux autres branches du droit privé, droits d'exception. Nostalgie, là encore, bien compréhensible, mais nostalgie tout de même, si l'on veut bien admettre qu'on présente en général le droit civil comme stable en ce sens que le Code civil n'aurait pratiquement pas évolué depuis 1804, sauf quelques rafistolages ou quelques évolutions nécessaires et harmonieuses (les réformes du droit de la famille) comme on aménage ou répare l'Arc de Triomphe. Une observation plus attentive montre qu'il n'en est rien : au droit des personnes s'est ajouté le Code de la santé publique avec la question de la personne comme objet de droit et un prolongement dans les articles 16-1 et suivants du Code civil ; au droit de la famille s'ajoute le Code de l'action sociale et des familles ; au droit des biens, immuable, le Code de l'urbanisme et le Code de la construction et de l'habitation ; au droit des contrats, le Code de la consommation ; des lois éparses dans le Code de commerce et surtout l'immense volume des décisions de jurisprudence qui fonde un nouveau droit, celui des contrats d'affaires, etc.

Au terme de cette présentation, il demeure que le droit civil, droit commun du droit privé, est son élément moteur, prétend-on souvent, surtout lorsqu'on est soi-même un civiliste ou un privatiste.

Ce n'est pas exact. Le droit civil est peut-être cependant le droit le plus stable, le moins invariant, et encore, ceci dit avec beaucoup de relativité et de précaution. Un contrat sera toujours un contrat, certes. Mais la façon de l'interpréter, de le rédiger n'a rien à voir, aujourd'hui, avec ce qu'il en était en 1804, en 1904, en 1944. Une famille sera toujours une famille, un enfant un enfant, etc. Mais que d'évolutions en la matière ! Le Code civil assurait au mari la puissance paternelle, jusqu'en 1942, la femme était considérée comme incapable majeure, et l'évolution vers l'égalité entre homme et femme dans la famille s'est achevée en 1985. Les enfants étaient distingués selon qu'ils étaient des enfants légitimes (nés d'un mariage) ou naturels (nés hors mariage, les enfants du péché) jusqu'en 2005 avec une évolution en 1972. Jusqu'en 1975, le seul divorce possible était le divorce pour faute ; depuis 2004, on divorce plus vite qu'on ne change de voiture. La question du droit des successions est devenue une question marginale avec l'allongement de la vie : on n'hérite plus de ses parents de la même façon qu'il y a encore cinquante ans, alors qu'ils vivront jusqu'à quatre-vingts ans et plus et qu'on a soi-même plus de soixante ans. L'allongement de la vie pose la question du sort des personnes âgées, de l'explosion de la pauvreté des seniors, de la maladie d'Alzheimer et finalement de la maigreur des pensions de retraite, face au rétrécissement des liens familiaux et de la solidarité familiale, au coût d'une place dans une maison de retraite.

Une brève présentation, non des règles, mais du squelette du droit civil, son architecture principale, peut être proposée à travers deux des principales distinctions que l'on rencontre en droit privé, mais avec la perspective de ces évolutions en cours ou à venir, c'est-à-dire de la conscience du poids plus important aujourd'hui qu'hier des facteurs économiques, sociaux, politiques dans la compréhension des règles du droit civil.

Bibliographie

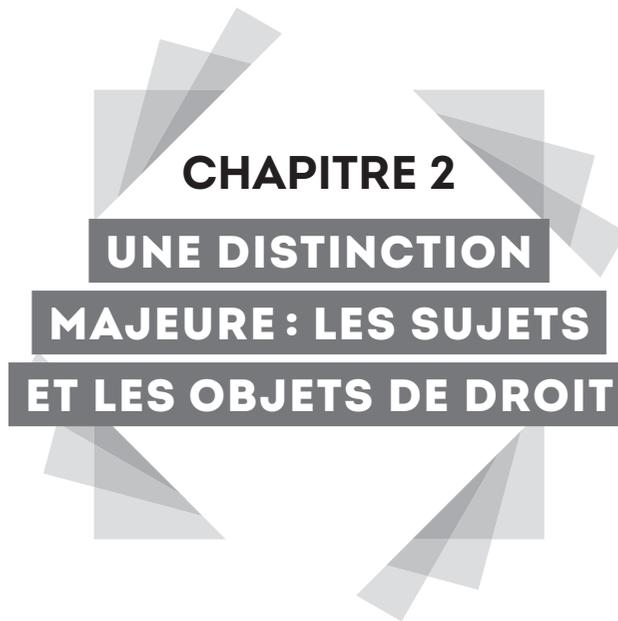


1 ♦ OUVRAGES

- J.-L. Aubert, *Introduction générale au droit*, A. Colin, 2000, n^{os} 43 et s.
- R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009.
- J. Carbonnier, *Grand droit et petit droit*, in *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 59.
- J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Fontemoing, 1927.
- J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, LGDJ, 2000, n^{os} 175 et s., p. 127 et s.
- J. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, n^o 103.
- J. Hilaire, *Histoire du droit commercial*, PUF, 2002.
- R. von Jhering, *L'esprit du Droit Romain*, t. III, 1886.
- M. Miaille, *Introduction critique au droit privé*, Maspéro, 1974, p. 182.
- P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

2 ♦ ARTICLES

- F. Grua, *Les divisions du droit: RTD civ.* 1993, p. 59.
- H. Mazeaud, *Défense du droit privé: D.* 1946, p. 17.
- J. Rivero, *Droit public et droit privé, conquête ou statu quo?: D.* 1947, p. 69.
- R. Savatier, *Droit privé et droit public: D.* 1946, p. 25.



CHAPITRE 2

UNE DISTINCTION

MAJEURE : LES SUJETS

ET LES OBJETS DE DROIT

227. - **Les personnes et les choses.** La principale distinction du droit privé oppose les personnes et les choses, les personnes et les biens. Les personnes, dont la définition est moins aisée qu'il y paraît, sont les sujets des droits subjectifs (Section 1) alors que les choses sont les objets sur lesquels portent ces droits subjectifs (Section 2).

Section 1

Les personnes : les sujets de droit

228. - **L'homme : chose ou personne ?** L'histoire montre que la notion juridique de personne n'est pas aussi facile à déterminer qu'il n'y paraît. L'esclave fut longtemps considéré comme une chose ; certains lobbies et juristes cherchent à personnifier l'animal (V. *infra*, notamment, J.-P. Marguénaud) ; un débat repose aujourd'hui sur la nature juridique de l'embryon ; chacun se souvient de la fameuse *Controverse de Valladolid* magnifiquement mise en scène par Jean-Claude Carrière, visant à vérifier si les Indiens disposaient ou non d'une âme. Classiquement on oppose la personnalité juridique des personnes physiques (Sous-section 1) et celle des groupements de personnes et de biens, les personnes morales (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

LES PERSONNES PHYSIQUES

229. - **Personnalité juridique.** Les personnes physiques sont les êtres humains ; elles sont les principaux sujets des droits subjectifs. Le droit n'existe que pour organiser la vie des hommes. Toute personne se voit reconnaître la **personnalité juridique**,

qui est la capacité de disposer de droits et de les exercer : contracter, acheter, vendre, administrer ses biens, se marier... et surtout exercer ces droits en justice.

Toute personne dispose de la pleine **capacité juridique**, qui signifie qu'une personne dispose de la possibilité d'être propriétaire de droits, de jouir de ces droits et d'ester en justice pour les défendre, c'est-à-dire de s'adonner au *commerce juridique*, lequel est réservé aux personnes et a pour objet des non-personnes (des choses).

À titre d'exception, une **incapacité juridique** peut être reconnue. C'est le cas, par principe, du mineur, jusqu'à sa majorité, c'est le cas des *incapables majeurs* qui bénéficient de techniques de protection, d'assistance ou de représentation (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat sous protection future), dans des conditions garanties par la loi et le juge.

La personnalité juridique commence à la **naissance** de l'homme. Avant la naissance, la question pose difficulté. Les lois sur la bioéthique du 29 juillet 1994, réformées en 2004, ont régleménté les conditions de l'intervention des médecins sur les embryons humains, voire sur les paillettes de sperme congelé. Mais ces lois n'ont pas résolu la question fondamentale de savoir si le fœtus, l'embryon, l'ovule ou le spermatozoïde étaient une chose ou une personne. La réponse intéresse la conscience des hommes et le droit, de l'avortement, de la contraception, du don d'organes, de sperme, de la fécondation *in vitro*... ou demain du clonage à des fins thérapeutiques ou, plus horriblement encore, de constitution de « stocks » d'organes.

Par ailleurs, le Code civil présume que l'enfant, même s'il n'est pas encore né et est simplement conçu, peut être considéré, dans son intérêt, comme né et donc doué de la personnalité juridique (C. civ., art. 725, *infans conceptus pro nato habetur...*), par exemple pour recueillir un héritage.

La personnalité juridique s'achève avec la **mort**, naturelle. Au siècle dernier, les condamnés à de lourdes peines, pouvaient être déchus de leur personnalité; on parlait de « mort civile ».

Une difficulté subsiste lorsqu'une personne disparaît. Le Code civil connaît un régime différent selon que la personne disparaît ou est absente. La personne peut *disparaître* « dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé » (C. civ., art. 88). Une déclaration judiciaire de décès peut, alors, constater la fin de la personnalité du disparu. En cas d'*absence*, lorsqu'une personne disparaît en dehors de ces circonstances tragiques, mais qu'il est impossible de savoir si la personne est vivante ou morte, la fin de la personnalité découlera d'un jugement déclaratif d'absence après un certain délai, de dix ou vingt ans selon les cas.

230. - Identification de la personne. Toute personne est identifiée par certains éléments d'identification, nationalité, nom, prénom, domicile et les actes de l'état civil qui lui permettent efficacement d'exercer ses droits. Toutes les personnes peuvent, en principe, exercer leurs droits sauf les incapables, mineur ou majeur, dans un souci de protection.

231. - Protection de la personne et droit de la personne humaine. Le droit contemporain des personnes associe désormais deux réalités.

Une première réalité, classique, est celle que nous venons de décrire. Elle s'intéresse à la personne juridique, identifiée à la personnalité juridique, laquelle identifie une conception abstraite, détachée de la personne humaine, et qui peut s'attacher à des entités non humaines (société, association, collectivité ou établissement public, organisation, internationale, etc.) et aux questions de protection de la personne notamment à travers la question de la capacité juridique et des incapacités, des mineurs et des majeurs.

Une seconde approche, beaucoup plus profonde, s'attache à la personne prise comme substance, comme réalité cellulaire, et pose la question de la considération juridique de la personne humaine, du corps humain, des éléments et des produits

du corps humain, notamment depuis la loi bioéthique de 1994 révisée en 2004. L'intérêt est d'une part de lever le voile sur ce tabou juridique : le corps humain entré dans le champ du droit civil, par la grande porte, d'ailleurs, un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » étant intégré depuis 1994 dans le Code civil, et d'autre part, de poser les questions du rapport juridique d'une personne sur son corps et donc, celle de l'appréhension juridique du corps humain. Relève-t-il du champ de la personne (donc des non-choses), des droits de la personnalité, ou bien doit-on, assez logiquement et en suivant les travaux essentiels de chercheurs récents, synthétisés notamment par Frédéric Zenati et Thierry Revet (V. Bibl. *infra*), penser que la personne juridique dispose de droits sur la personne humaine, alors considérée comme objet de droit et, allant plus loin comme une chose, mais une chose bizarre, extraordinaire, une *chose humaine* au régime particulier, qui me permettrait d'affirmer que *je* (personne physique) dispose d'un droit de propriété sur *ma* personne (personne humaine) ?

C'est au fond, l'idée cartésienne et celles des lumières anglaises, Hobbes, Locke, qui est à l'origine de cette considération avec l'invention de la souveraineté de l'homme sur lui-même qui rejaillit, aujourd'hui, en droit, alors que l'homme prend conscience de sa capacité divine à modeler l'être humain. La considération de la personne humaine en tant que substance, en tant que réalité cellulaire, chromosomique mais aussi pensante, cérébrale : une personne considérée comme telle, comme susceptible de démembrements, divisible en éléments et produits du corps humain, comme personne disposant d'une intimité, d'une image, etc., toutes questions radicalement différentes, et ignorées des règles du droit civil classique, sauf pour la question de la protection de la vie privée (C. civ., art. 9). Ce sont surtout les progrès de la science contemporaine, de la science biologique, médicale, génétique mais également les évolutions de la société de l'information, qui ont modifié l'approche faite sur la personne humaine, d'une part par une conscience du regard de l'homme sur son propre corps, sur sa vie, mais également de la convoitise sur ces éléments, la marchandisation du corps et des informations sur les personnes. Les règles sont aujourd'hui nombreuses et posent des difficultés de conscience ou politiques considérables : le don d'éléments du corps humain (sang, sperme, ovules, etc.), l'expérimentation sur le corps humain, les procréations médicalement assistées, les mères porteuses, l'IVG, les empreintes génétiques, l'euthanasie, le statut de l'embryon, etc.

L'ensemble forme tout à la fois des règles qui assurent un droit du corps humain et une méthode de protection du corps humain, par l'affirmation de quelques grands principes ou règles, comme celui de l'**intégrité du corps humain**. Il fonde en droit pénal les infractions contre les personnes, les crimes de guerre ou contre l'humanité mais aussi les règles de responsabilité sur la réparation du préjudice corporel. Cette protection est également assurée par le droit civil, depuis notamment les lois sur la bioéthique du 29 juillet 1994 réformée en 2004. Elles ont modifié le Code civil en introduisant les articles 16-1 et suivants qui connaissent désormais les règles qui affirment et déclinent ce principe. Le **principe d'indisponibilité du corps humain** (C. civ., art. 16-1 et 16-5) permet l'annulation de toutes les conventions qui auraient pour objet de donner une valeur patrimoniale au corps humain ou à ses composantes : vente d'organes, de sang..., conventions de mère porteuse (Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : D. 1991, p. 417, note B. Thouvenin ; JCP G 1991, II, 21752, note F. Terré et C. civ., art. 16-7).

Le **principe d'indisponibilité de l'état des personnes** a été à l'origine des décisions de la Cour de cassation en matière de *transsexualisme*, opération qui était sans conséquence sur l'état civil d'une personne ayant changé de sexe jusqu'à un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 (Cass. ass. plén., 11 déc. 1992 : JCP G 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; RTD civ. 1993, p. 97, obs. J. Hauser ; Defrénois 1993, art. 35505).

L'ensemble crée un corps de règles nouveau. Classiquement, on admet que le corps humain n'est pas dans la catégorie des biens, puisque la patrimonialité du corps est exclue. Il en résulte, en toute logique, que le corps relève de la catégorie des personnes. Le corps serait ainsi l'objet d'un droit de la personnalité ou bien, plus rapproché de la conception suivante, il serait une « chose commune » non susceptible d'appropriation. Cette considération devient cependant plus difficile à soutenir dès lors que le corps humain est entré dans le paysage juridique, comme c'est le cas depuis 1994 notamment. La personne ainsi envisagée, dans sa réalité physique, cellulaire, n'est pas la personne, sujet de droit, des règles classiques du Code civil, mais au contraire comme un *objet de droit*, aboutissant à cet apparent paradoxe que la personne juridique dispose ainsi de droits sur sa personne humaine : « chacun à droit au respect de son corps » proclame ainsi l'article 16-1, alinéa 1 du Code civil. Chacun, c'est-à-dire toute personne juridique, dispose d'un droit, subjectif, par exemple le droit au respect, qui porte sur cet objet de droit qu'est le corps (V. *infra*, F. Zenati et Th. Revet, *op. cit.*, qui considèrent que ce droit est un droit de propriété).

SOUS-SECTION 2

LES PERSONNES MORALES

232. - Théorie de la personnalité morale. Les personnes physiques éprouvent parfois le besoin de rassembler des moyens pour exercer une activité, par exemple la réunion de moyens financiers pour exploiter, en société, une activité professionnelle, *via* une société (réaliser et partager des bénéfices ou, plus modestement, de faire des économies, V. C. civ., art. 1832) ou pour exercer une activité non professionnelle, associative par exemple.

Un tel groupement de biens et de personnes peut avoir intérêt à être distingué des personnes physiques qui le composent *comme si* il avait une existence propre, un patrimoine propre, des droits propres, distincts de ceux des personnes qui ont formé ce groupement. Telle est la *théorie de la personnalité morale* qui permet de reconnaître à une société, une association, un syndicat, la **personnalité juridique**, c'est-à-dire un patrimoine propre, un nom, une nationalité, des droits, des obligations, une organisation interne définie par les statuts, et, surtout, des représentants (personnes physiques nécessairement).

Une association ou une société est d'abord un contrat entre ses fondateurs, ses associés : en ce sens, aucune personne juridique nouvelle n'est créée par ce contrat. Cette association ou cette société obtient ensuite la personnalité juridique qui en fait une personne, morale, distincte de la personnalité de ses membres. Elle présente des degrés variables : par exemple, une association ne dispose pas d'une personnalité juridique complète (comme une société) sauf si elle est reconnue d'utilité publique. Par ailleurs, le *principe de spécialité des personnes morales* limite la capacité des personnes morales aux seuls actes ayant un rapport avec leur objet social.

Doit-on considérer que cette personne morale est une fiction ou une réalité ?

– Selon une première thèse, la personne morale est une *fiction* inventée par la loi : seule la loi reconnaît la personnalité juridique de certains groupements limitativement déterminés, société, syndicat, association... et organise une procédure particulière d'attribution de la personnalité morale.

– Selon la seconde, elle est au contraire une *réalité* qu'il suffit de constater ; la personnalité juridique d'un groupement ne dépend pas de la loi mais de la nature du groupement. Dès lors, si certaines conditions sont rassemblées, le groupement obtient automatiquement la personnalité morale.

Cette question est discutée. Pourtant, la jurisprudence admit en 1954 que la personnalité juridique peut être reconnue à un groupement auquel la loi n'a pas reconnu

la personnalité juridique s'il est « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être reconnus et protégés par la loi », et différents de ceux de ses membres (Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : *D.* 1954, p. 217, note L. Levasseur ; *JCP* 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; *Dr. soc.* 1954, p. 161, note Durand. – F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, n° 15 : il s'agissait en l'espèce d'un comité d'entreprise), paraissant ainsi conforter la thèse de la réalité de la personne morale. Inversement, les règles du droit des sociétés ou du droit des associations insistent sur la nécessité d'un acte juridique, « l'immatriculation », pour que la société ou l'association obtienne une personnalité juridique distincte de celle de ses membres.

Les personnes morales sont très diverses. Elles peuvent être à but non lucratif (ce qui ne signifie pas que ces organisations ne fassent pas de profit, mais que ce profit ne puisse être réparti entre ses membres), comme les associations, les syndicats ou les partis politiques, ou à but lucratif, comme les sociétés, civiles ou commerciales ; elles peuvent être de droit privé (associations, sociétés...) ou de droit public (État, collectivités territoriales, établissements publics), ou mixtes (sociétés d'économie mixte).

Section 2

Les choses : l'objet des droits

233. - Présentation. Bien souvent objets des droits subjectifs, les choses sont ordinairement comprises comme les biens corporels, palpables, tangibles. La réalité juridique est beaucoup plus large (V. *infra*, J.-B. Seube). Ainsi, les choses sont tous les objets matériels ou immatériels qui sont d'abord classés en meubles et immeubles (Sous-section 1) ou selon d'autres classifications (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

LA DISTINCTION DES BIENS MEUBLES ET IMMEUBLES

234. - Intérêt de la distinction. En droit romain, la distinction entre meubles et immeubles reposait sur un critère tenant à la possibilité ou non de déplacer les choses. Sous l'Ancien droit, c'était essentiellement la valeur d'une chose qui correspondait à cette distinction. On distinguait alors les choses selon leur valeur, les *res mancipi*, de forte valeur, et les *res nec mancipi*, de piètre valeur (pour résumer une distinction plus complexe), distinction qui ne recouvrait pas exactement celle des meubles et des immeubles. Cette dernière distinction s'est peu à peu affirmée, jusqu'à ce que l'article 516 du Code civil la proclame formellement : « les choses sont meubles ou immeubles ». Les meubles n'avaient cependant guère de valeur et n'étaient pas ou peu considérés : *res mobilis*, *res vilis* disait-on. Le Code civil leur prête d'ailleurs peu d'attention. Aujourd'hui, la situation a changé avec l'émergence des fortunes mobilières fondées sur les droits sociaux (les actions ou obligations), les brevets, les marques, les droits d'auteur, les fonds de commerce, les créances... en sorte que ces meubles ont été plus heureusement considérés.

Mais on peut se demander s'il n'en résulte pas le retour à la distinction romaine entre *res mancipi* et *res nec mancipi*. Par exemple, les règles des régimes matrimoniaux accordent généralement autant d'importance aux immeubles et à ces meubles importants, au détriment des autres meubles. Quel intérêt y a-t-il à procéder à une telle distinction entre meuble et immeuble ? En termes de procédure, la juridiction compétente est, en matière mobilière, celle du domicile du défendeur et, en matière

immobilière, celle du lieu où est situé l'immeuble. Les aliénations d'immeubles sont soumises à publicité, pas les aliénations mobilières. Mais, surtout, les meubles susceptibles de possession deviennent la propriété immédiate de leur possesseur : *en fait de meuble, possession vaut titre*, en vertu de l'article 2279 du Code civil. En matière immobilière, la possession fait également acquérir la propriété mais après un délai de dix ou vingt ans (C. civ., art. 2265).

§ 1. - LES MEUBLES

235. - Meubles par nature. Plusieurs catégories de meubles peuvent être distinguées. Parmi eux, les meubles par nature sont les plus importants. Ce sont les objets, les choses qui peuvent se transporter d'un endroit à un autre, en se mouvant par elles-mêmes, comme un animal, ou se mouvant à l'aide d'une force étrangère, une voiture, un bateau, des meubles meublants... (C. civ., art. 528).

236. - Meubles par anticipation. Ce sont des meubles par nature ou plutôt ce seront bientôt des meubles par nature. Tel est le cas d'une récolte encore sur pied. Il s'agit d'un immeuble car elle est rattachée au sol mais dès qu'elle sera coupée elle sera un meuble. Or, si quelqu'un achète une telle récolte sur pied, il l'envisage comme si elle était déjà coupée ; il l'envisage donc comme la somme de choses séparées de la terre, *comme* un meuble ; c'est un meuble par anticipation.

237. - Meubles par détermination de la loi. Ce sont des choses dont on ne peut *a priori* connaître la nature, meuble ou immeuble, et la loi tranche. Si, aux termes de l'article 516 du Code civil, les choses sont meubles ou immeubles, certains meubles posent difficultés. Il convient, alors de choisir dans l'alternative de l'article 516 dudit code ; mais selon quels critères ?

Il s'agit, par exemple, des **biens meubles incorporels**, la clientèle d'un fonds de commerce, une œuvre artistique, une invention, une marque, des actions ou des parts de société, mais aussi un secret, une information, des actifs financiers. Il s'agit là des biens meubles qui ont la plus grande valeur, bien plus que les immeubles.

C'est d'ailleurs en partie pour cette raison que ces meubles incorporels font l'objet de règles particulières, alourdissant par exemple les conditions de leur cession. Ces biens ne sont ni des meubles ni des immeubles par nature et l'on se perdrait en débats infinis à déterminer leur nature d'après leur régime. Aussi, la loi tranche. L'alternative de l'article 516 du Code civil est présentée de façon incomplète : dans une telle *summa divisio* il faut déterminer une catégorie ouverte, les meubles, et une catégorie fermée, les immeubles. L'article 516 devient : les choses sont meubles si elles ne sont pas immeubles. La catégorie englobe aussi, par une assimilation entre les droits et les choses sur lesquels portent ces droits, certains droits sur les choses mobilières, les usufruits mobiliers, les indivisions mobilières... ainsi que les actions en justice portant sur un meuble.

§ 2. - LES IMMEUBLES

238. - Immeubles par nature. La catégorie des immeubles est également hétéroclite, bien qu'il s'agisse de la catégorie fermée de la distinction entre les choses. Les immeubles par nature sont les biens qui ne peuvent ni se déplacer ni être déplacés. Il s'agit du fonds de terre, le sol et le sous-sol. Il s'agit aussi de tout ce qui est fixé au sol : les bâtiments et toutes constructions fixées au sol, les végétaux, les arbres et leurs fruits tant qu'ils sont attachés à l'arbre.

239. - Immeubles par destination. Ils sont au départ des meubles par nature. Ils sont cependant considérés comme des immeubles parce que leur propriétaire les a attachés, au sens matériel du terme, à un immeuble et les a affectés volontairement

ou économiquement à cet immeuble qui lui appartient. Est par exemple un immeuble par destination un parquet ou les tapisseries, les boiseries d'un mur pour autant que ces meubles soient attachés à « perpétuelle demeure ». Mais sont aussi des immeubles par destination les meubles nécessaires à l'exploitation d'une ferme, les animaux attachés à la culture, les outils aratoires, les tracteurs, les semences données au fermier, les lapins de garenne, les pigeons des colombiers, les ruches et les abeilles... (C. civ., art. 524). Il peut aussi s'agir des meubles nécessaires à une exploitation industrielle, les machines-outils, les camions, tout le matériel de production.

240. - Immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent. Il s'agit des droits portant sur un immeuble, l'usufruit d'un immeuble, les servitudes immobilières, les actions en revendication d'un immeuble, et tous les droits réels et actions réelles portant sur un immeuble, qui sont considérés comme des droits de caractère immobilier, et sont donc soumis au régime des immeubles, parce qu'ils portent sur des immeubles.

SOUS-SECTION 2

LES AUTRES DISTINCTIONS DES CHOSSES

241. - Diversité. D'autres classifications entre les choses existent, diversifiées en raison des intérêts différents de procéder à ces distinctions.

Ainsi, on peut distinguer les **choses appropriées** et les **choses sans maîtres**, comme le gibier ou les trésors, ou les **choses communes** qui ne peuvent être appropriées, comme l'air ou l'eau.

On peut encore distinguer les **choses fongibles**, les choses de genre et les **choses non fongibles**, les corps certains. Les choses fongibles ou choses de genre sont interchangeables entre elles : par exemple un litre d'huile dans un silo en contenant plusieurs milliers, une bouteille de vin dans une cave à vin. Les corps certains ou choses non fongibles au contraire sont *individualisés* et ne peuvent être remplacés par une autre chose, une maison ou une marchandise lorsqu'elle est séparée des autres marchandises, par exemple un litre d'huile acheté dans un silo une fois que ce litre est tiré et mesuré. Le transfert de propriété de ces choses se déroule à des moments différents. Seule la propriété d'un corps certain peut être transférée ; par conséquent, le transfert de propriété s'effectue au moment de la formation de la vente pour un corps certain mais il est retardé pour une chose de genre au moment où la chose sera individualisée, moment où la chose deviendra un corps certain.

De façon voisine, on distingue les **choses consommables** qui se détruisent par le premier usage, comme la nourriture ou les matières premières, et les **choses non consommables** qui admettent un usage prolongé. Seules les secondes peuvent être louées, déposées, prêtées puisque seules les secondes peuvent être restituées.

On distingue enfin les **choses frugifères** et les *choses productives*. Certaines choses fournissent en effet des *fruits*. Il s'agit de ce qu'une chose fournit périodiquement et sans l'altérer. Certains fruits sont dits *naturels* comme les fruits d'un arbre ; d'autres sont *industriels*, obtenus grâce au travail d'un homme, comme des récoltes ; d'autres encore sont *civils*, comme les loyers d'une maison ou les revenus d'un placement mobilier. À l'inverse, les *produits* sont fournis par une chose sans périodicité ou en altérant la chose, comme une coupe de bois ou l'extraction d'une carrière. L'intérêt de cette distinction se révèle par exemple dans le régime de la possession : le possesseur de bonne foi ne doit pas rendre au propriétaire les fruits mais il doit rendre les produits (C. civ., art. 549).

On pourrait ajouter également, dans cet ensemble bigarré, les choses animales, auxquelles la loi reconnaît, depuis 2015, un caractère particulier, le caractère sensible de l'animal dans le Code civil, question qui s'inscrit dans le débat visant soit à considérer, comme c'était le cas jusqu'à présent, l'animal comme un bien meuble

ordinaire, soit au contraire comme une personne juridique, ce que certains pays étrangers reconnaissent pour des animaux particuliers, soit comme une catégorie tierce, ni chose ni personne.



Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- E. Bayer, *Les choses humaines*, thèse Toulouse, 2003.
- X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003.
- J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, thèse Limoges, 1987.
- J.-B. Seube, *Droit des biens*, Litec, coll. « Objectif Droit », 4^e éd. 2010.
- F. Zenati et Th. Revet, *Droit des personnes*, PUF, 2^e éd. 2011.

2 ♦ ARTICLES

- R. Libchaber, *Perspectives sur la situation juridique de l'animal*: RTD civ. 2001, p. 239; *La souffrance et les droits, à propos d'un statut juridique de l'animal*: D. 2014, chron. p. 380.
- D. Mainguy, *Ranger l'homme en droit animal*, in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (ss dir.), *L'impact de la norme en milieu contraint, exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, « Ranger l'animal », éd. Victoire, 2014, p. 148.
- J.-P. Marguénaud, *La personnalité juridique des animaux*: D. 1998, chron. p. 205; *La protection du lien d'affection envers un animal*: D. 2004, chron. p. 3009; *Droit des animaux: on en fait trop ou trop peu*: D. 2010, chron. p. 816.
- P. Murat, *Réflexions sur la distinction être humain et personne juridique*: Dr. famille 1997, chron. 9.



CHAPITRE 3

LES PRINCIPAUX DROITS SUBJECTIFS

242. - Prérogatives individuelles. Les droits subjectifs traduisent les rapports juridiques qui existent entre deux personnes ou entre une personne et une chose.

Deux classifications principales apparaissent : les droits sont distingués selon qu'ils sont ou non susceptibles d'échange, l'être et l'avoir, comme l'exprime Gérard Cornu, ou, techniquement, les droits patrimoniaux et extra patrimoniaux. Dès lors, la question du critère permettant d'élaborer cette distinction se pose, à travers la notion de patrimoine (Section 1) qui permet de comprendre cette distinction (Section 2).

Section 1

Le critère : le patrimoine

243. - Définition. La notion de patrimoine est une construction doctrinale fondamentale formulée, à partir des règles posées par l'article 2092 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 »), par deux juristes fameux, Aubry et Rau à la fin du XIX^e siècle mais inconnue de la loi, et adoptée par la jurisprudence. Elle désigne *l'ensemble des rapports de droits appréciables en argent, les biens et les obligations, d'une même personne en formant une universalité dans laquelle l'actif et le passif ne peuvent être dissociés*. C'est l'ensemble des richesses (biens, créances...), qui composent l'actif du patrimoine, et des dettes, qui en sont le passif, d'une personne à un moment donné (V. *infra*, P. Catala, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne* : RTD civ. 1966, p. 185. – A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir* : Mél. G. Brière, Montréal, 1993, p. 311).

Le patrimoine est ainsi la projection économique de la personnalité, une sorte de photographie économique instantanée. La notion juridique est différente de son acception commune. Il ne s'agit pas d'une simple accumulation de biens mais d'une entité abstraite formée de tous les biens d'une personne mais également de toutes ses dettes. Cette notion est caractérisée par quatre principes :

- 1° seules les personnes peuvent avoir un patrimoine ;
- 2° toute personne a un patrimoine ;
- 3° le patrimoine est lié à la personne aussi longtemps que dure la personne elle-même ; il est donc intransmissible entre vifs ;
- 4° une personne n'a qu'un seul patrimoine.

244. - Universalité. La notion est donc entièrement liée à la personne et forme une **universalité**. Cela signifie que le patrimoine d'une personne est unique et qu'au sein du patrimoine, tous les biens sont interchangeables, l'actif et le passif sont inséparables. C'est ainsi que l'article 2092 du Code civil dispose que « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Toute personne engage, en contractant une dette, tous ces biens par un tel *droit de gage général* reconnu à un créancier sur le patrimoine de son débiteur. C'est un grand avantage pour le créancier qui, si le débiteur ne paie pas spontanément, peut se payer sur l'un quelconque des biens composant l'actif du patrimoine du débiteur (en choisissant les biens les plus aisément réalisables, argent sur un compte courant, actions, meubles, immeubles). C'est cependant un singulier gaspillage de crédit pour le débiteur puisqu'à chaque instant, tous ses biens actuels garantissent chacune de ses dettes : l'article 2092 du Code civil et les règles du patrimoine ne prévoient pas d'affectation particulière des dettes à des catégories d'actif (dette professionnelle garantie par des actifs professionnels, dette personnelle garantie par des biens personnels...).

245. - Critique. La théorie française du patrimoine est souvent critiquée, notamment en raison du *principe d'unicité du patrimoine*. Ainsi, l'impossibilité d'avoir plusieurs patrimoines ou de pouvoir scinder un patrimoine est un obstacle à l'existence des *fondations* auxquelles une personne affecte des biens en vue d'exploiter un institut de recherche ou de bienfaisance (jusqu'à L. 23 juill. 1987, mod. L. 4 juill. 1990).

De même, un commerçant ne peut affecter ses biens à un commerce et les séparer de ses autres biens. Par conséquent, en cas de difficulté, de faillite, tous ses biens, ceux qui sont nécessaires à son commerce comme ses biens personnels, sont affectés au paiement des dettes de son commerce et il risque de perdre tous ces biens. Le droit allemand connaît, au contraire, la théorie du **patrimoine d'affectation** qui permet cette séparation entre les différents biens et, donc, entre les différents créanciers – les créanciers d'une activité civile et ceux d'une activité commerciale, par exemple – de même que le droit anglo-saxon connaît le *trust* que l'on tente d'imiter en droit français par la *fiducie*.

Divers succédanés à la théorie de l'unicité du patrimoine existent dont, notamment, l'*entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL) qui est une société, une SARL, mais constituée d'une seule personne. De cette façon, une personne peut constituer une société, y affecter ses biens et ses dettes professionnelles. Cette technique permet économiquement de contourner la théorie de l'unicité du patrimoine, mais de façon indirecte et partielle puisque l'associé unique est propriétaire de parts sociales, pas des biens de l'EURL. L'EURL traduit donc très imparfaitement la théorie allemande du patrimoine d'affectation.

D'autres tempéraments existent. Ainsi, les régimes matrimoniaux connaissent le régime de *communauté légale* dans lequel coexistent plusieurs masses de biens, les biens de la communauté et les biens propres du mari ou de son épouse. Les créanciers des biens communs ne peuvent saisir les biens propres de l'époux qui n'a pas contracté. Dans le régime de *séparation des biens*, les créanciers du

mari séparé de biens, commerçant par exemple, ne peuvent saisir les biens de sa femme. En pratique, cependant, les créanciers demandent souvent que l'autre époux ou l'associé unique se porte caution de son conjoint ou de l'EURL ou exigent la constitution de sûretés, hypothèques, nantissements, gages... permettant de recréer un lien entre patrimoines distincts. En cas de succession, également, un héritier peut accepter une *succession sous bénéfice d'inventaire* s'il suspecte qu'elle contient de nombreuses dettes en sorte que les créanciers de la succession ne peuvent agir contre les biens de cet héritier alors que s'il s'était contenté d'une acceptation simple, le patrimoine du défunt (donc ses dettes) aurait fusionné avec le sien (donc avec ses richesses), toujours en vertu du principe d'unicité du patrimoine complété par la fiction de la continuation de la personne du défunt à travers ses héritiers.

Désormais, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) assure une forme de consécration du patrimoine d'affectation, bien théorique cependant devant son faible succès, à la différence du statut fiscal et social de l'auto-entrepreneur, quoiqu'il ne réalise pas de distinction du patrimoine, ce qui montre peut-être que ce n'est pas la bonne question.

Section 2

Le résultat : les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux

246.- Plan. Classés à travers la notion de patrimoine, les droits subjectifs se distinguent selon qu'ils sont ou non évaluables en argent, entre les droits extrapatrimoniaux (Sous-section 1) et les droits patrimoniaux (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

247.- Caractères. L'un des critères définissant les éléments du patrimoine est *l'évaluation en argent* des droits ou des valeurs qui le composent. Tous les droits qui, au contraire, ne sont pas évaluables en argent sont des droits qui n'entrent pas dans le patrimoine, ce sont les droits extrapatrimoniaux (V. *infra*, Ch. Atias).

Tous ont les mêmes caractéristiques : ils sont **incessibles, intransmissibles, imprescriptibles, insaisissables** parce qu'ils sont attachés à la personne. Il n'est pas certain que la distinction soit réellement aussi rigide qu'il y paraît. Ainsi, l'extrapatrimonialité d'un droit est susceptible de degrés, comme en témoigne l'exemple des clientèles civiles. La jurisprudence a longtemps refusé qu'elles puissent être cédées car elle considérait que les clientèles civiles des médecins ou des avocats par exemple sont attachées à leur personne. Mais elle considérait en même temps que la clientèle a une valeur patrimoniale puisqu'elle admettait que la clientèle puisse être présentée moyennant finance à un successeur, ce qui était un moyen de « céder » une clientèle civile incessible. La jurisprudence a récemment renversé cette jurisprudence par l'admission de la cession d'une clientèle civile accompagnant la cession d'un *fonds libéral* (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000 : JCP G 2001, II, 10452, note F. Vialla). De même, le droit au nom est un droit extrapatrimonial, mais le nom est parfois patrimonialisé par le dépôt d'une marque portant sur un nom patronymique ou par des contrats de transfert de renommée en vue de contrats publicitaires conclus par des célébrités du sport ou du spectacle (V. Bibl. *infra*).

Ces droits extrapatrimoniaux sont très nombreux et très divers. Il peut s'agir de droits assez diffus comme le droit accordé à un auteur de retirer son œuvre ou de décider de la divulguer ou non au public, le **droit moral**, extrapatrimonial, de l'auteur d'une œuvre. Mais, surtout, toute personne dispose d'un certain nombre de droits essentiels, **droit à l'honneur**, permettant de protéger sa dignité et sa réputation contre toute diffamation, injure, ou dénonciation calomnieuse; **droit au respect de sa vie privée**, assurant l'existence d'une « sphère d'intimité », un domaine privé de sa vie financière, sentimentale, conjugale ou familiale où les tiers n'ont pas accès (C. civ., art. 9) et qui trouve sa limite à travers le droit à l'information sur des personnes publiques; **droit à sa propre image**; **droit à l'inviolabilité du domicile**...

SOUS-SECTION 2

LES DROITS PATRIMONIAUX

248. - Caractères. Les droits patrimoniaux sont à l'inverse les droits qui ont une valeur pécuniaire et qui entrent pour cette raison dans le patrimoine d'une personne : ils sont **cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles**. Il s'agit des droits réels d'une part (§ 1^o) et des droits personnels, d'autre part (§ 2^o). Cette distinction est très classique. Elle a été pourtant très critiquée, notamment par Planiol, au début du siècle, qui choisissait une analyse personnaliste des droits subjectifs. Ainsi, un droit réel ne serait pas tant un droit sur une chose qu'un droit d'une personne contre une personne, à propos d'une chose. Serge Ginossar a, plus tard, repris cette thèse, en affirmant qu'une créance pouvait être objet de propriété et, donc, cédée.

§ 1. - LES DROITS RÉELS

249. - Pouvoir sur une chose. Le droit réel est le droit qui confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose, corporelle ou incorporelle (du latin *res*, d'où l'expression droit réel). De nombreuses controverses existent sur ce point, sur la définition du droit de propriété (V. *infra*, S. Ginossar ; ouvrage et article F. Zenati) ou bien encore sur le point de savoir si les droits réels sont en nombre limité par la loi ou si des contractants peuvent en créer de nouveaux. Pour s'en tenir aux analyses classiques, on distingue les droits réels principaux et accessoires qui, tous, présentent les mêmes caractères qui les distinguent des autres droits.

250. - Caractères. Deux attributs essentiels font des droits réels des droits très particuliers qui les distinguent des droits de créance.

Le *droit de suite* assure à son titulaire la possibilité d'exercer son droit en quelque main qu'il se trouve, même auprès d'un tiers.

Le *droit de préférence* permet à son titulaire d'exclure tous ceux qui n'ont qu'un droit de créance sur cette chose. Par exemple, le titulaire d'une hypothèque sur une maison, droit réel, s'il n'est pas payé et réalise l'hypothèque en faisant vendre la maison, sera payé par préférence au maçon qui n'est pas encore payé des travaux qu'il a réalisés, car ce dernier ne dispose que d'un droit de créance. Par exemple encore, le propriétaire d'un immeuble peut accorder un droit de jouissance sur cet immeuble de deux façons différentes. Il peut conclure un contrat de bail, par lequel le locataire disposera d'un droit de créance contre le propriétaire. Il peut aussi consentir un droit réel, tel un usufruit, assurant à l'usufruitier un droit réel sur l'immeuble.

Surtout, les droits réels jouissent de l'opposabilité *erga omnes*, à l'égard de tous, alors que le droit de créance ne bénéficie que d'une opposabilité relative, en vertu du principe d'effet relatif du contrat (C. civ., art. 1199) quoique celui-ci soit largement limité par la jurisprudence).

251. - Droits réels principaux. Ils sont constitués du droit de propriété et de ses démembrements. La principale différence porte sur leur objet : le droit de propriété porte sur une chose qui m'appartient, par définition, alors que le droit réel porte sur une chose qui appartient à autrui (je suis propriétaire de ma maison, alors que je dispose d'une hypothèque, droit réel, sur la maison qui appartient à mon débiteur).

Le **droit de propriété** est le droit réel le plus accompli parce qu'il permet d'appréhender une chose dans sa globalité et de profiter de toutes les utilités de la chose. Il confère à son titulaire la faculté d'user de la chose – l'*usus* –, de jouir de la chose c'est-à-dire d'en percevoir les fruits – le *fructus* – et de disposer de la chose – l'*abusus*. Cette description des prérogatives d'un propriétaire remonte à l'Ancien droit. Elles peuvent aussi être décrites comme conférant à son titulaire la faculté de *disposer* de la chose, de façon *exclusive*, et de manière *absolue*. Le droit de propriété porte sur des choses corporelles, immobilières ou mobilières, ou sur des biens incorporels, comme un droit de brevet, un droit de marque ou un droit d'auteur.

Les **démembrements de la propriété et ses recompositions** sont aussi des droits réels principaux. Ainsi, l'*usufruit* qui confère à l'usufruitier le droit d'utiliser la chose qui appartient au *nu-propriétaire* et d'en percevoir les fruits. Cette situation se retrouve en cas de succession notamment ou par convention d'usufruit. De même, de façon très voisine, le *droit d'usage* ou le *droit d'habitation* confèrent à son titulaire le droit d'utiliser une chose et d'en percevoir les fruits mais dans les limites des besoins de son titulaire.

Les **servitudes** sont un autre type de droit réel principal. Il s'agit d'une charge imposée à un immeuble au profit d'un autre immeuble. Par exemple, si je suis propriétaire d'un terrain enclavé, entouré d'autres parcelles qui ne m'appartiennent pas, mon terrain bénéficie d'une servitude communément appelée *droit de passage* (C. civ., art. 682 : le terrain est le bénéficiaire de la servitude ; je n'en profite que comme propriétaire actuel).

252. - Droits réels accessoires. Il s'agit des droits réels destinés à renforcer un droit personnel, une créance, ce sont généralement des **sûretés réelles**. Ainsi, un créancier peut demander à son débiteur de lui consentir un droit réel accessoire sur l'un de ses biens. À défaut, le créancier aurait un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur mais serait en concours avec l'ensemble des autres créanciers de ce débiteur. Une hypothèque, un nantissement, un gage, qui sont autant de droits réels accessoires, vont permettre au créancier d'être privilégié par rapport aux autres créanciers ordinaires, appelés *créanciers chirographaires*.

Un tel droit réel assure en effet un droit de préférence – être payé en priorité – et un droit de suite qui permet de faire saisir le bien entre quelque main qu'il se trouve, même un tiers qui aurait acquis le bien du débiteur.

D'autres sûretés réelles sont constituées des *privilèges* qui sont des droits de préférence accordés par la loi à un créancier en vertu de la qualité de sa créance. Ces droits réels sont dits accessoires en ce sens qu'ils ne sont pas autonomes, au contraire des droits réels principaux, parce que leur sort est lié à celui de la créance qu'ils garantissent : ils disparaissent avec la créance, sont cédés avec celle-ci...

En revanche, existent d'autres sûretés, non réelles, mais personnelles car reposant sur un contrat, et non sur une chose, comme le cautionnement, la solidarité : où les sûretés réelles assurent au créancier un droit de priorité dans le patrimoine de son débiteur, les sûretés personnelles, un cautionnement par exemple, assurent au créancier la disposition d'un autre patrimoine que celui du débiteur, celui de la caution.

§ 2. - LES DROITS PERSONNELS

253. - **Les obligations, distinction entre acte et fait juridique.** Le droit personnel que l'on appelle aussi *obligation* est le lien de droit entre deux personnes, en vertu duquel une de ces personnes, appelée créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, l'exécution d'une obligation de donner (transférer la propriété d'un bien), de faire (livrer une chose, payer un prix...) ou ne pas faire (ne pas révéler une information confidentielle par exemple). Il peut s'agir d'une obligation créée par un acte juridique, un contrat le plus souvent, ou bien un fait juridique, comme une faute. L'ensemble correspond au *droit des obligations*, fait des règles du droit des contrats, de la responsabilité extracontractuelle et du régime général des obligations. Insérées dans le Code civil, ces règles ont fait l'objet d'une réforme en 2016.

La distinction entre les actes et les faits juridiques (C. civ., art. 1100) est apparemment très simple : les actes juridiques sont des manifestations de volonté qui produisent des effets juridiques voulus, alors que les faits juridiques produisent des effets juridiques non voulus. Cette distinction est la plus usuellement reprise dans les manuels. Elle est pourtant très discutée.

Elle repose sur une conception *subjective*, presque psychologique, des actes et des faits juridiques qui ne se retrouve pas toujours. Si je prends le bus, par exemple, ai-je conscience de conclure ou d'exécuter un acte juridique et ai-je conscience qu'une obligation de sécurité de résultat pèse sur le transporteur en cas d'accident ? Évidemment non et cette inconscience, cette non-volonté manifestée ne fait pas de cet acte un fait juridique. Si inversement, j'effectue sciemment une faute, en souhaitant causer le plus de dommages possibles, si je suis un *hacker* par exemple, ce fait juridique est-il transformé en acte juridique ? Évidemment non, ici encore. Il en résulte alors que cette conception subjective trouve très vite ses limites.

Une conception *objective*, positiviste également, distingue les actes et les faits juridiques en fonction des effets juridiques que la loi propose. Un acte juridique dispose d'un effet normatif : les lois, les règlements, les contrats, alors que les faits juridiques subissent un effet juridique que la loi a prévu qu'ils se produisent.

Si la seconde distinction est la plus opératoire, c'est cependant la première qui est la plus pédagogique pour présenter ce que sont les actes et les faits juridiques.

254. - **Les actes juridiques.** Un acte juridique est une manifestation de volonté qui a pour objet de produire un effet de droit : un contrat, ou un engagement unilatéral comme la promesse d'une récompense, par création, modification ou extinction d'un droit subjectif.

Aucune réglementation particulière n'envisage les actes juridiques dans leur généralité. Le Code civil ne s'intéresse qu'aux **contrats**, mais on généralise aisément ces règles à tous les autres actes juridiques. Plusieurs classifications sont repérées.

Ainsi, les actes juridiques peuvent être à **titre gratuit**, comme une donation (qui est un contrat) ou un testament (qui n'est un acte unilatéral mais non un contrat) ou à **titre onéreux**, comme les contrats, qu'ils soient relativement simples, comme une vente, un échange, un contrat de travail ou plus sophistiqués comme le contrat de crédit-bail, un contrat de distribution, un contrat de communication de savoir-faire. On peut également distinguer les actes juridiques selon leur objet.

Ainsi, certains actes juridiques sont **constitutifs** de droit, comme le contrat qui crée des obligations ou le mariage qui crée des devoirs entre époux ou la servitude qui crée un droit réel au profit d'un bien.

D'autres sont simplement **déclaratifs** de droit, en ce sens qu'ils ne créent aucun droit mais se contentent de reconnaître l'existence d'un droit qui préexistait. Ainsi en est-il de la reconnaissance d'un enfant naturel ou bien du partage d'une indivision (qui reconnaît le droit de propriété qu'avait une personne sur un bien). Aussi les

actes déclaratifs sont rétroactifs : leurs effets remontent à la date à laquelle le droit est né (naissance ou création de l'indivision).

D'autres encore sont des actes **translatifs** de droit. Il s'agit de transmettre un droit d'un patrimoine vers un autre patrimoine. Ainsi la vente contient comme effet principal le transfert de propriété d'une chose ; une succession transmet le patrimoine d'une personne décédée, le *de cuius*, à ses héritiers.

Certains sont, enfin, des actes **extinctifs** de droit et mettent fin à un droit qui existait. Ainsi, la renonciation à un droit, à une succession par exemple, met fin à la vocation successorale de l'héritier. De même l'exécution d'une obligation éteint cette créance : l'acte d'exécution est alors en même temps un acte extinctif.

On distingue aussi les actes juridiques selon qu'ils sont des actes **unilatéraux** ou **synallagmatiques**. Unilatéraux, ils reposent sur une seule manifestation de volonté. Ainsi, le testament, la reconnaissance de paternité, la demande d'un brevet d'invention, l'occupation d'un immeuble (sans titre) sont des actes unilatéraux. En droit public, ces actes sont plus nombreux en raison des prérogatives de puissance publique de l'administration. Elle dispose, ainsi, d'un pouvoir de réglementation (des circulaires), d'injonction, de contrainte (par exemple par ses pouvoirs de police), d'expropriation, de réquisition, qui constituent autant d'actes unilatéraux. Synallagmatiques, au contraire, les actes juridiques reposent sur la volonté de toutes les parties intéressées. Il s'agit de la plupart des contrats (mais certains contrats, actes synallagmatiques, sont des contrats unilatéraux comme la donation parce qu'une seule des parties s'oblige à la différence des contrats synallagmatiques, comme la vente, dans lesquels les deux parties sont obligées), de vente, de location, de mariage.

On pourrait également faire une distinction entre les contrats de droit privé et les contrats de droit public, dits aussi contrats administratifs.

Enfin, une autre classification importante peut être établie selon la **forme** de ces actes, des contrats par exemple. Les contrats sont par principe **consensuels** c'est-à-dire qu'ils se forment par le simple échange des volontés des deux parties au contrat. Seules sont exigées des conditions de fond : la capacité des parties, l'existence d'un consentement, un objet et un contenu licite et certain (C. civ., art. 1128). Par exception cependant, certains contrats sont des contrats **solennels** : aux conditions de fond s'ajoutent des conditions de forme, généralement un écrit, sans lesquelles le contrat ne peut être formé. Ainsi, une donation, un contrat de mariage ne sont valables que s'ils sont conclus devant notaire ; un contrat de travail à durée déterminée doit être conclu par écrit. D'autres encore sont des contrats **réels**, même si la catégorie fait l'objet de fortes critiques : la catégorie ne concerne que quelques contrats portant sur une chose qui ne sont valables que par la remise de la chose : c'est le cas du contrat de prêt, de dépôt, de gage notamment (la vente, reine des contrats portant sur une chose, est un contrat consensuel).

255. - Les contrats. Les contrats constituent le modèle des actes juridiques. Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties en vue de produire des effets de droits qu'on appelle des obligations. Par exemple, la vente d'un bien naît du seul échange des consentements des parties – et non comme on le croit parfois de la signature d'un papier quelconque, sauf exception – et produit des obligations à la charge du vendeur, livrer la marchandise, la garantir, et à la charge de l'acheteur, payer notamment. Ces règles sont guidées par un certain nombre de principes :

– *le principe de la liberté contractuelle* (C. civ., art. 1102). Il est essentiel et fondateur du droit des obligations et des contrats qui signifie que toute personne peut contracter ou ne pas contracter : nul n'est obligé de contracter et on peut toujours refuser de contracter ; choisir son contractant et choisir le contenu du contrat : c'est le principe de la libre négociabilité des contrats et de la supplétivité des règles en la matière ;

– les principes, combinés, de la *force obligatoire des contrats* (C. civ., art. 1103, complété par les articles 1194 et suivants) : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : « tiennent lieu de loi », c'est dire que l'engagement résulte de la volonté des contractants, « légalement formés », pour autant que le contrat corresponde aux normes en vigueur, et le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats (C. civ., art. 1104) : « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi » ;

– *le principe du consensualisme*. D'après ce principe, la conclusion du contrat consiste purement et simplement dans l'échange des consentements des parties, dans l'accord de leurs volontés. Dès lors, point n'est besoin de rechercher un formalisme quelconque, une **forme** extériorisant la volonté exprimée par les parties : les contrats ne sont pas, sauf exception, des contrats solennels. Au demeurant, cette libéralisation avait déjà été réalisée par les canonistes qui avaient transporté la règle d'après laquelle on doit tenir la parole donnée, du plan moral (*servanda est fides*) au plan juridique (*pacta sunt servanda*). Loysel écrivait ainsi que « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain » ;

– *le principe de l'effet relatif du contrat*, posé par l'article 1199 du Code civil, dont il résulte que le contrat n'a d'effet qu'entre ceux qui y ont consenti, et point à l'égard des autres, des tiers.

Le *xx^e* siècle a cependant illustré l'avènement de l'ordre public *économique et social* qui constate la transformation des rapports contractuels de débiteur à créancier en rapport de professionnel à consommateur, d'employeur à salarié... Les **conséquences** de ces *atteintes à l'autonomie de la volonté* sont nombreuses :

– le développement de l'ordre public et, corrélativement, l'affaiblissement de la supplétivité du droit des obligations ;

– l'affaiblissement de la liberté contractuelle sous la forme d'obligations de contracter, ce qu'on appelle « les contrats imposés » ou bien par l'imposition du contenu du contrat, soit lorsque la loi ou le juge interdisent telle ou telle clause, comme en matière de clauses abusives (C. civ., art. 1171 ; C. consom., art. L. 132-1 ; C. com., art. L. 442-6, I, 2^o), soit lorsqu'ils imposent telle ou telle autre clause comme en témoigne l'essor des obligations de renseignement ou de sécurité ;

– l'atteinte au principe du consensualisme à partir du moment où l'on constate que le formalisme favorise la réflexion, l'information du contractant réputé plus faible ;

– l'atteinte à la force obligatoire du contrat résulte d'une double préoccupation de moralisation et d'équilibre du contrat, en faisant appel à des notions floues comme celle de fraude (*fraus omnia corrumpit*), de la dépendance économique, de la police des vices du consentement, de la cause, de l'abus de droit, de la bonne foi... ;

– l'atteinte à l'effet relatif du contrat résulte de situations où la convention fait naître un droit à la charge ou au profit d'un tiers par les techniques des actions directes ou de l'indivisibilité des contrats par exemple à travers l'idée que les contrats ne peuvent plus être considérés les uns des autres.

Les **règles du droit des contrats** découlent de ces principes. La formation des contrats obéit à des règles strictes : un contrat doit réunir des conditions de fond (consentement, capacité, contenu, C. civ., art. 1128), mais également obéir à d'éventuelles conditions de forme, lorsque il est soumis à formalités, le tout étant sanctionné par la nullité du contrat.

L'*exécution* du contrat repose sur le principe combiné des articles 1103 et 1104, c'est-à-dire du caractère obligatoire du contrat, dans son contenu, sa lettre, mais également en respectant un standard de bonne foi, susceptible de permettre d'identifier des obligations non prévues par les parties ou de sanctionner un abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle.

256. - Les faits juridiques : la responsabilité civile. Les faits juridiques sont au contraire des actes juridiques, des événements involontaires qui, bien qu'involontaires, produisent aussi des effets juridiques. Ceux-ci sont innombrables, à la différence des actes juridiques. Il peut s'agir de faits juridiques provoqués par la nature : la naissance, le décès, le fait d'atteindre l'âge tant attendu de dix-huit ans, la réussite à un examen, un cataclysme ou bien tout simplement l'écoulement du temps qui provoque l'extinction de certains droits patrimoniaux, par prescription (trente ans en droit commun, dix ans en droit commercial)...

Il s'agit également de faits juridiques encore plus diffus comme l'enrichissement sans cause. Le seul fait de s'être enrichi aux dépens d'une personne qui s'est appauvrie, dès lors qu'aucune prestation équivalente n'explique cet appauvrissement et cet enrichissement, est susceptible de faire naître une action en répétition pour faire revenir son montant dans le patrimoine de l'appauvri. Il peut s'agir aussi de faits comme la possession d'une chose, très important puisque aux termes de l'article 2276 du Code civil reprenant une coutume du Châtelet de Paris, « en fait de meuble, possession vaut titre » : le seul fait de la possession d'un bien (meuble corporel) vaut attribution de propriété au possesseur, pour autant qu'il soit de bonne foi.

257. - Responsabilité civile. Il peut s'agir aussi de faits de l'homme, à l'origine du mécanisme de la **responsabilité civile**. La faute et tous les mécanismes susceptibles de mettre en œuvre un régime de responsabilité civile extracontractuelle, dont la réforme a été annoncée à la suite de la réforme du droit des contrats, en constituent les exemples les plus importants. Aux termes de l'article 1240 du Code civil, « tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par lequel il est arrivé, à le réparer », article complété par deux autres qui proposent des mécanismes de responsabilité pour imprudence ou négligence ou des mécanismes de responsabilité sans faute, dits objectifs, comme la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde ou la responsabilité du fait d'autrui.

Fondamentalement orientée vers la sanction de faute, par un mécanisme de réparation, la responsabilité civile s'est orientée, avec le développement du machinisme, vers un système de responsabilité fondée sur le risque : le seul fait de créer un risque engage la responsabilité de son auteur, s'il cause un dommage à autrui, même sans aucune faute. Tel est le cas, par exemple du client d'un grand magasin qui se blesse dans un escalier mécanique. Plus encore, aujourd'hui, le droit de la responsabilité s'oriente vers un droit de l'indemnisation des victimes, comme en matière d'accident de la circulation, à travers le développement des assurances obligatoires : ce n'est plus un droit tourné vers le fautif dont la responsabilité est recherchée, mais un droit orienté du côté de la victime, qu'il convient d'indemniser, ce qui explique le développement contemporain des obligations de sécurité ou de la responsabilité du fait des produits défectueux, notamment.

Les règles de la responsabilité civile demeurent cependant distinguées selon un ordre emprunté au Code civil.

À l'origine de la responsabilité, un *fait dommageable* et identifié comme :

- un fait, qui était autrefois une faute mais qui peut aujourd'hui être une faute, un fait d'une chose ou d'autrui, un abus de droit ;
- un dommage, qui doit être direct, certain et légitime et qui peut être moral, économique ou corporel ;
- un lien de causalité qui suppose que le fait ait été la cause du préjudice, avec toute la difficulté qu'il y a à établir un tel rapport de cause à effet, comme l'affaire *Perruche* (Cass. ass. plén., 17 nov. 2000 : *JCP G* 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas ; *D.* 2000, p. 336, note P. Jourdain ; *RTD civ.* 2001, p. 146, obs. P. Jourdain. – A. Pélissier, *L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale* : *JCP E* 2001, *CDE* n° 1 et réf. – Cass. ass. plén., 13 juill. 2001 : *D.* 2001, p. 2325, note P.-J. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2001, note J. Guigue ; *JCP G*

2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; *RGDA* 2001, n° 3, p. 751, note L. Mayaux ; *Resp. civ. et assur.* sept. 2001, p. 3, obs. H. Groutel. – Cass. ass. plén., 28 nov. 2001, cité in A. Péliissier, *Le point sur la « précision » de l'arrêt Perruche par l'assemblée plénière* : *JCP E* 2002, *CDE* n° 1 pour les références des multiples réactions doctrinales) l'a récemment démontré : le petit Nicolas Perruche avait subi tout une série de malformations congénitales dues à la rubéole contractée par sa mère durant sa grossesse. Or, sa mère avait procédé à un examen prénatal de façon à repérer une éventuelle maladie et fait savoir au médecin qu'elle entendait procéder à une IVG en cas d'examen positif. Le laboratoire d'analyse médicale répondit que tel n'était point le cas... et se trompa ; l'enfant naquit avec des malformations majeures. Il y avait préjudice, de nature double, préjudice lié aux frais à engager pour élever l'enfant toute sa vie durant, préjudice affectif également pour les parents, comme pour l'enfant, préjudice du fait d'être né, il y avait faute médicale, mais y avait-il un lien de causalité, la faute était-elle la cause du dommage ? Oui répondit la Cour de cassation, provoquant une déferlante médiatique, dans la mesure où la cause est, pour le moins, très indirecte : la faute est à l'origine de la naissance de l'enfant (l'IVG n'a pas eu lieu) mais la faute n'est pas à l'origine du handicap. La loi *Kouchner* du 4 mars 2002 mettait fin à ces solutions jurisprudentielles, jusqu'à ce que la Cour de cassation en décide autrement en 2006 (Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, nos 29, 30, 31), sur le fondement de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure la protection des biens, lesquels comprennent les droits de créance, éventuellement de responsabilité, annihilant une partie de la loi.

Un *mécanisme juridique* est alors envisagé :

- un mécanisme général, comme celui de l'article 1240 du Code civil (la faute) ou de l'article 1241 du même code (l'imprudence, la maladresse) ;
- un mécanisme spécial parmi les nombreux régimes de responsabilité existant comme la responsabilité du fait des choses elle-même générale (C. civ., art. 1242, al. 1^{er}) ou spéciale (C. civ., art. 1243 et 1244, responsabilité du fait des animaux et du fait des ruines) ou très spéciales (responsabilité du fait des produits défectueux, C. civ., art. 1245 et s., du fait des accidents de la circulation, L. 5 juill. 1985...), la responsabilité du fait d'autrui, ici encore générale (C. civ., art. 1242, al. 1^{er}) ou spéciale (C. civ., art. 1242, al. 2 et s. : responsabilité des parents du fait de leurs enfants, des employeurs du fait de leurs salariés, notamment).

Le résultat produit un *effet juridique* : l'obligation de réparation dominée par le principe de la réparation intégrale : tout le préjudice mais rien que le préjudice doit être réparé, ce qui nous éloigne (en principe) du système américain, par exemple, où la responsabilité a également une fonction de sanction du responsable, conduisant à des montants de réparation parfois surprenants.



Bibliographie

1 ♦ OUVRAGES

- P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personne*, thèse Dijon, 1978.
- Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd. 1917, nos 573 et s.
- P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1995, t. 248.
- S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.
- G. Loiseau, *Le nom et le contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1997.
- D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2009, nos 19 et s.

- J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2012.
- A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir*: *Mél. G. Brière*, Montréal, 1993, p. 311.
- F. Viala, *Introduction du fonds libéral en droit français*, Litec, 1999.
- F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie des droits subjectifs*, thèse Lyon, 1981.

2 ♦ ARTICLES

- Ch. Atias, *La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit: un utile face à face*: *RRJ* 1987, p. 2.
- P. Catala, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*: *RTD civ.* 1966, p. 185.
- A. Sériaux: *RTD civ.* 1994, p. 801.
- F. Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*: *RTD civ.* 1992, p. 305.



CHAPITRE 4

LA PREUVE

DES DROITS

SUBJECTIFS

258. - Plan. Le droit n'est pas un simple système abstrait, purement intellectuel et réservé à la connaissance de quelques initiés. Le droit est une méthode d'organisation des règles de vie en société et, partant, de résolution des conflits pouvant en résulter. La mise en œuvre des droits subjectifs, leur réalisation, permettent de passer de ce système abstrait aux cas concrets, aux situations ordinaires : tel propriétaire qui se heurte aux agissements d'un occupant sans titre, tel créancier éprouvant quelque difficulté à obtenir paiement de sa créance... C'est dire qu'un système juridique qui identifie et organise des droits subjectifs doit en même temps garantir leur mise en œuvre, leur efficacité.

Pour parvenir à ce résultat, pour assurer efficacement la mise en œuvre des droits subjectifs, les questions relatives à la cohérence du système juridique, de l'ordonnement de ses sources, de la compréhension de ses règles, de la logique de son système judiciaire sont essentielles et premières, bien entendu, mais au cas concret, lorsqu'il s'agira de déterminer au cas particulier, le fait de savoir si M^{me} Bidule a raison de demander paiement de sa créance à M. Truc, la question pratique qui se posera sera la possibilité, pour un tiers désintéressé (et confronté à des dizaines de cas de ce type), de vérifier la réalité de la demande et de la défense de M^{me} Bidule et de M. Truc, réalité qui supposera l'examen des modes de preuve apportés par les parties. Les questions relatives à la preuve sont délicates, car elles conditionnent l'efficacité d'un procès (V. *supra*, n° 173), moment où s'organise la solution d'un litige.

259. - *Idem est non esse et non probari.* Rôle de la preuve. La question de la preuve est cruciale. Traditionnellement, la preuve est définie comme la démonstration d'un fait – l'existence d'un préjudice par exemple – ou d'un acte – d'un contrat ou d'une créance par exemple.

Selon un adage issu du droit romain, *idem est non esse et non probari* : n'avoir pas de droit ou ne pas prouver est la même chose. Avoir le plus beau droit ne sert à rien si on ne peut pas le prouver.

Cette question est essentielle comme l'est le choix de la technique permettant de prouver un droit.

260. - Vraisemblance de la preuve. En premier lieu, le droit de la preuve est confronté à un dilemme : la preuve est une technique permettant à un tiers – le juge – de reconnaître qu'un droit existe ou a cessé. C'est une technique d'extériorisation d'un droit subjectif et le juge identifiera un droit à partir de sa preuve : ainsi je ne suis réellement propriétaire d'une chose que si je peux prouver à quiconque prétendrait le contraire que je le suis.

Dès lors, la distinction entre le droit et la preuve du droit pose la question de la réalité de l'identité entre la preuve et le droit et, donc, de la vraisemblance de la preuve du droit. Si le droit de la preuve doit répondre à cette question, il ne peut négliger la recherche de la vérité. En même temps, il ne peut perdre son temps en une vaine recherche, surtout si le droit de la preuve cherche la preuve du droit la plus vraisemblable possible : la vérité probatoire s'oppose alors à la sécurité probatoire.

261. - Objet de la preuve. Les techniques d'établissement de la preuve sont délicates, parce qu'il s'agit de dénicher des techniques qui satisfont l'objectif de vraisemblance entre la preuve et le droit, et alors que les nouveaux moyens de reproduction et de diffusion des documents ajoutent constamment à cette difficulté. Par exemple, si un créancier poursuit un débiteur en paiement du prix d'un contrat et que le débiteur allègue qu'il a payé, il n'aura qu'à prouver le fait du paiement, le talon d'un chèque, la facture d'une carte bleue ou la quittance établie par le vendeur. Il n'a pas à prouver qu'il y a eu *juridiquement* paiement, il suffit de prouver qu'il y a eu *matériellement* paiement ; le juge le constatera des faits présentés. De même, la propriété d'un meuble ne se prouve pas. C'est même une preuve impossible, la *probatio diabolica* : il faudrait prouver que l'on tient ce bien d'un précédent propriétaire et démontrer que tous les précédents propriétaires étaient bien propriétaires ; il suffit de prouver qu'on en a la possession de bonne foi pour que le juge puisse conclure que le possesseur a un droit de propriété sur ce meuble.

De façon plus générale, on recense quatre exigences :

- la preuve, d'abord, porte sur des faits et point sur le droit (CPC, art. 9 et 12, al. 2) ;
- la preuve ne porte que sur des faits pertinents (CPC, art. 317, al. 2), c'est-à-dire utiles à la solution du litige ;
- la preuve doit être licite, qu'elle n'ait point été obtenue par des moyens contraires à l'ordre public, frauduleux ou crapuleux, ce qui pose le problème du secret professionnel ;
- la preuve doit être possible (comp. C. civ., art. 1360, à propos de l'impossibilité de prouver par écrit) alors que bien des preuves sont très difficiles à apporter, comme la preuve de faits négatifs : comment prouver par exemple que, dans telle circonstance, je n'ai pas été de mauvaise foi ? Le système des présomptions, tant légales que judiciaires permet alors de relayer cette difficulté.

262. - Système probatoire. Pour toutes ces raisons, un système probatoire efficace doit permettre de démontrer, par un moyen de preuve approprié, qu'une chose est vraie : on dira alors qu'elle est prouvée tant qu'il n'est pas démontré qu'elle est fausse.

Plusieurs systèmes d'administration de la preuve de ces faits sont alors envisageables, entre la preuve encadrée ou la preuve libre.

Le système de la **preuve encadrée**, dit aussi système de *preuve légale*, dans lequel certains modes de preuve sont préférés, d'autres écartés, d'autres encore obligatoires, révèle un système dans lequel celui qui veut établir un droit doit se soumettre à une procédure particulière organisée par la loi et assurant une hiérarchie des modes de preuve ; en dehors de celle-ci, point de preuve. Longtemps, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, l'aveu était primordial (mais V. aujourd'hui la détention

provisoire). Aujourd'hui, l'*écrit* et le *formalisme* souvent protecteur qui l'accompagne témoignent de ce régime d'encadrement de la preuve.

Le système de la **liberté de la preuve**, dit aussi système de la *preuve morale*, permet au contraire de prouver un droit par n'importe quel moyen de preuve, par n'importe quelle démonstration probatoire, un écrit, un aveu, des présomptions...

Le droit français choisit par principe le premier parce qu'un droit de la preuve dans lequel les règles sont préétablies est le garant de la protection du plus grand nombre. Il n'exclut cependant pas le second système, la liberté dans l'administration de la preuve, mais à titre d'exception de sorte que le système français est un système mixte empruntant aux deux systèmes modèles: la preuve légale pour les actes juridiques et la preuve morale pour les faits juridiques.

263. - Évolution du système français de la preuve. Le droit français de la preuve repose essentiellement sur les articles 1353 et suivants du Code civil, tel qu'il a été modifié avec la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des contrats. Autrefois intégrée dans les règles du droit des contrats aux articles 1315 et suivants, ces règles forment aujourd'hui l'objet d'un titre IV bis du livre III du Code civil aux articles 1353, intitulé « De la preuve des obligations ». Le droit français de la preuve est, en effet, au départ, intégralement confiné dans les questions de preuve des contrats et des obligations; c'est d'ailleurs le titre de la partie dans laquelle s'inséraient ces règles avant 2016: « De la preuve des obligations et de celle du paiement », et aujourd'hui « De la preuve des obligations ». Malgré cela, on admet que ces règles valent pour la preuve des droits en général, bien au-delà de la simple preuve des obligations.

L'évolution du droit processuel, manifestant un souci plus important de la manifestation de la vérité dans le procès civil, au détriment parfois de la sécurité attendue des parties (V. Bibl. *infra*) et les développements de la technique ont, cependant, conduit le droit de la preuve à évoluer.

Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 réformant le droit de la filiation avait admis que la preuve de la non-paternité puisse être effectuée par un examen comparé des sangs (C. civ., art. 340-1, 3°) pour apporter une preuve négative (dans le cas d'une preuve de la paternité, le mécanisme permettra de prouver qu'il y a \times % de chance que telle personne n'est pas le père) et la loi du 29 juillet 1994 autorise la preuve par empreinte génétique (C. civ., art. 16-11) pour apporter une preuve positive (il y a \times %, \times étant proche de 100 %, de chance que telle personne est le père).

De même, les nouvelles techniques d'archivage et de reproduction des documents ont motivé la réforme du 12 mai 1980, assurant une certaine valeur aux copies réalisées à partir d'originaux.

Précisément, les mêmes raisons qui ont présidé à cette dernière réforme ont conduit à la loi du 13 mars 2000, complétée par un décret d'application du 30 mars 2001, qui a substantiellement modifié le droit français de la preuve à l'aune des évolutions techniques et informatiques, des échanges électroniques de données, du commerce électronique: à l'écrit succède l'écrit électronique.

264. - Plan. Deux difficultés apparaissent alors, sous forme d'interrogation: qui doit prouver? C'est la détermination de la charge de la preuve (Section 1) et comment prouver? C'est la question du mode de preuve (Section 2).

Section 1

La charge de la preuve

265. - Système accusatoire ou système inquisitoire. Pour savoir qui doit supporter la charge de la preuve, il faut d'abord connaître le système processuel dans lequel la preuve doit être apportée. Deux systèmes différents peuvent être envisagés pour déterminer la charge de la preuve.

Dans un système **accusatoire**, les parties ont l'exclusivité de l'initiative du procès et de la charge de la preuve. Ainsi, celui qui estime détenir un droit, une créance par exemple, à l'encontre d'un autre doit prouver ce droit, l'existence d'un contrat par exemple. Celui qui subit cette action pourra à son tour tenter de prouver que ce droit est éteint, dans notre exemple qu'il a payé. C'est par conséquent aux parties de prendre des précautions probatoires pour se ménager la preuve de leurs droits.

Dans un système **inquisitoire**, en revanche, la conduite de l'instance et l'administration de la preuve sont laissées à la charge du juge qui dispose généralement de moyens plus importants.

Le droit français connaît les deux systèmes. Le système inquisitoire est celui retenu en matière pénale ou en matière administrative ; c'est la raison pour laquelle le rôle du procureur, du juge d'instruction et de la police est si important dans le déroulement d'une instance pénale, au contraire des systèmes anglo-saxons, où les parties et leurs avocats ont la charge de la preuve pénale.

En revanche, l'ensemble des autres branches du droit privé, droit civil, droit social et droit commercial, connaissent un système accusatoire. On dit traditionnellement en effet que la preuve est la *chose des parties* (V. *supra*, n° 202).

En atteste la question des *conventions sur la preuve*. Les articles 1353 et suivants du Code civil sont des règles supplétives (sauf exception, comme en matière d'état des personnes) et les parties peuvent librement aménager par contrat les règles de preuve, même si cette liberté est menacée dans les relations entre professionnels et consommateurs et le contrôle des clauses dites abusives (C. consom., art. L. 132-1, al. 3, q). Ainsi, les contrats assurant au titulaire d'un compte bancaire l'utilisation d'une carte de paiement stipulent que la signature, prouvant le paiement, sera remplacée par un code électronique et que celui-ci sera présumé émaner du contractant (même en cas de perte ou de vol).

266. - Système accusatoire et office du juge. Le système accusatoire strict qui prévalait dans le Code de procédure civile s'est cependant assoupli et le juge n'est plus réduit à un rôle purement passif.

Ainsi le Code civil dispose que : « chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité » ce qui éloigne le système accusatoire du modèle contractuel classique dans la mesure où la « manifestation de la vérité » devient un devoir dévolu à chacune des parties, sous le contrôle du juge.

Les principes directeurs de la procédure civile (CPC, art. 1 à 24) déclinent cette exigence en un sens favorisant la recherche de la preuve par le juge.

Par exemple, l'article 10 du Code de procédure civile dispose que le juge civil a « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles », admettant que le juge joue un rôle probatoire dans le procès, pour dépasser ce que les parties veulent bien montrer, *orientant le droit de la preuve vers une certaine recherche de la vérité*. Il ne saurait, cependant, pallier la carence de l'une des parties (CPC, art. 146, al. 2). La vérité. C'est un absolu, bien entendu. Le juge ne cherche pas cet absolu, mais la *vérité judiciaire* et tout le jeu judiciaire et probatoire tendent à faire en sorte que la vérité judiciaire soit proche de la vérité des faits. Tel n'est pas toujours le cas, à défaut, il n'y aurait pas d'erreur judiciaire.

Inversement, les parties doivent aider le juge dans ses mesures d’instruction. À défaut, le juge pourrait forcer une partie à révéler un élément de preuve qu’elle détient et pourrait tirer toutes conséquences de l’abstention d’une partie (CPC, art. 11).

Malgré cet accroissement des pouvoirs du juge, le procès civil reste accusatoire : l’État, la société n’ont rien à voir avec le procès civil (mais de moins en moins : l’État doit-il se substituer à une partie incapable d’exercer ses droits ?). Les parties doivent établir la preuve des prétentions qu’elles énoncent (CPC, art. 9). Pour cela, il leur suffit de *prouver les faits et non le droit* ; le juge tirera les conséquences juridiques qui s’imposent. L’objet de la preuve ne contient que des faits.

De mihi factum, tibi dabo jus (donne-moi le fait, je te donnerai le droit), selon un vieil adage, soulignant la nécessaire prudence du juge face aux parties et à leur possible comportement déloyal et le rôle éminent du juge dans la conduite du procès, dont la production des preuves. Le juge doit, en effet, « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée » (CPC, art. 12, al. 2) : c’est, donc, que le juge n’est pas toujours lié par la démonstration des parties, par exemple pour requalifier un contrat.

La charge de la preuve obéit à un principe (Sous-section 1) assorti de certaines exceptions (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

LE PRINCIPE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

267. - *Actori incumbit probatio*. Le principe de la charge de la preuve est affirmé par l’article 1353 du Code civil qui contient deux règles qui se combinent : « C’est celui qui réclame l’exécution d’une obligation qui doit la prouver (al. 1^{er}). Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation (al. 2) », qui est la reprise du texte prévalant depuis 1804.

Selon l’alinéa premier et en l’étendant à d’autres hypothèses que celle de l’exécution d’une obligation, il résulte que celui qui réclame quelque chose doit apporter la preuve de ce qu’il avance pour l’obtenir.

C’est l’application de l’adage *actori incumbit probatio*. Celui qui veut voir exécuter un contrat doit prouver l’existence de ce contrat ; celui qui veut chasser une personne de sa propriété doit prouver qu’il est propriétaire ; celui qui veut réparation doit prouver la faute dommageable ; celui qui veut obtenir l’annulation d’un acte doit prouver le vice... Selon l’alinéa second, c’est à celui qui se prétend libéré d’en apporter la preuve, en application de l’adage corollaire *reus in excipiendo fit actor*. Cette hypothèse est un complément de la première. Une personne invoque et prouve l’existence d’un droit, une créance par exemple, à l’encontre d’une autre. Cette autre, défendeur à l’instance, doit alors, à son tour, prouver la libération – le paiement dans notre exemple. Cette règle de l’*alternance* constitue un premier mécanisme de *renversement de la preuve*. Il n’est pas le seul ; certaines exceptions au principe de l’article 1353 du Code civil connaissent d’autres mécanismes identiques ou voisins.

Le véritable problème soulevé par l’article 1353 du Code civil n’est pas une simple répartition de la charge de l’administration de la preuve. Il s’agit, bien plus, d’un mécanisme de répartition des risques de l’absence de preuve. Le législateur n’envisage pas simplement la réponse à la question « qui doit prouver ? » mais, au-delà, la réponse à la question « à qui le juge doit-il donner raison lorsque le doute demeure sur un fait ? ». La réponse est clairement affirmée : satisfaction doit être donnée au défendeur au procès dans l’hypothèse où la preuve ne peut être effectivement administrée.

268. - Nul ne peut se constituer une preuve à soi-même. Ce principe était exprimé de manière sous-jacente dans l'article 1315 du Code civil (version 1804) : la vraisemblance de la preuve et le mécanisme d'alternance qui résulte du jeu de la preuve empêchent qu'une partie puisse s'autoconstituer un mode de preuve (Cass. 3^e civ., 30 juin 2001 : *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 68, obs. L. Leveneur. – Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1996 : *Contrats, conc. consom.* 1996, n° 119, note L. Leveneur ; *D.* 1996, somm. p. 329, obs. Ph. Delebecque ; *LPA* 24 janv. 1997, p. 19, note D. Gutmann). Il est désormais clairement exprimé à l'article 1363 du Code civil.

SOUS-SECTION 2

LES EXCEPTIONS : LES PRÉSOMPTIONS LÉGALES

269. - Définition. L'article 1349 du Code civil disposait que « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Le texte proposait donc une distinction entre deux types de présomptions, les présomptions légales et les présomptions de fait dites aussi du fait de l'homme ou judiciaires. Ce texte est aujourd'hui remplacé par l'article 1354 qui 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 », mais également par l'article 1382 qui régit le cas des présomptions judiciaires.

Les présomptions légales (sur les présomptions de fait) sont des mécanismes qui apportent une exception au principe de la charge de la preuve posée par l'article 1353 du Code civil en assurant un déplacement, un renversement, voire une éviction de la charge de la preuve. Le fait présumé n'est alors plus à être prouvé par celui qui l'allègue, c'est tout le contraire : le fait présumé est censé exister ; à celui qui le conteste de prouver le contraire, lorsque c'est possible.

Est ainsi très connue la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil selon laquelle tous les acquêts de communauté sont présumés être des biens communs. De même était systématiquement étudiée en travaux dirigés la théorie dite des « comourants » avant qu'elle soit réformée par la récente loi du 13 décembre 2001 en matière de droit des successions : lorsque plusieurs personnes d'une même famille décèdent dans un même événement sans que l'on puisse savoir lequel est décédé le premier, il convenait de l'établir pour déterminer l'ordre des successions. Les articles 720 et suivants du Code civil assurent, alors, que les plus âgés décèdent avant les plus jeunes, les femmes avant les « mâles » (C. civ., art. 722).

270. - Force probante des présomptions légales. Les présomptions légales sont de force variable ; on parle de la *force probante* des présomptions. Elles sont simples, mixtes ou irréfragables. L'article 1354 détermine ces trois niveaux de présomptions.

Une **présomption simple** ou **réfragable** peut être renversée par une preuve contraire. Par exemple, un plaideur peut toujours prouver la mauvaise foi de son adversaire contre la présomption de l'article 2268 du Code civil qui dispense de prouver sa bonne foi. Par conséquent, le juge doit constater qu'une personne qui, par exemple, prétend posséder un meuble – fait connu – en est possesseur de bonne foi – fait inconnu mais présumé. La charge de la preuve est, alors, renversée. Ce n'est pas à celui dont la bonne foi est présumée de le prouver mais à l'autre de prouver qu'il est en réalité de mauvaise foi et donc que ce droit n'existe pas. Autre exemple, l'article 311 du Code civil établit deux présomptions et indique lui-même la force de la présomption dans la dernière phrase : « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la naissance. La conception est présumée avoir lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable à tout moment » (mais V. également, C. civ., art. 1283, 1284, 1731).

Une **présomption mixte** ne peut être écartée que par des moyens limitativement prévus par le législateur. Par exemple, l'article 312 du Code civil pose le principe de la présomption *pater is* est : « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » mais il prévoit que la preuve contraire peut être apportée par le père dans certaines circonstances, s'il justifie qu'il ne peut pas être le père (ou bien dans les circonstances de l'article 313-1 du Code civil). Par exemple encore, la présomption de l'article 1733 du Code civil est une présomption mixte : le preneur à bail est responsable des incendies survenus à la chose louée à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine, ce dont on déduit, par exemple, que le fait du tiers n'est pas une cause exonératoire.

Une **présomption irréfragable**, enfin, ne peut être renversée par aucun moyen de preuve (C. civ., art. 1354, al. 2). Avant la réforme de 2016, on admettait cependant qu'une telle présomption pouvait être exceptée par l'aveu ou le serment (C. civ., ex-art. 1352), sans que l'on puisse savoir si cette exception va être maintenue. La situation qui est présumée est définitivement acquise. Par exemple, l'article 883 du Code civil dispose que « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets tombés dans son lot ». Cette présomption, irréfragable, permet de valider la fiction de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers. Plus complexe est la présomption irréfragable de connaissance des vices cachés par le vendeur professionnel à l'égard d'un acheteur non professionnel, tirée de l'article 1645 du Code civil dans la mesure où l'affirmation du caractère irréfragable de la présomption résulte de la jurisprudence.

La présomption irréfragable ne se contente pas alors de déplacer l'objet de la preuve ou de renverser la charge de la preuve : elle élimine la question de la charge de la preuve. À partir du moment où les conditions permettant l'application de la présomption irréfragable sont remplies, la preuve est définitive.

Section 2

Les modes de preuve

271. - Présentation. Les modes de preuve sont assez nombreux et tous se conjuguent. Aussi, leur exposé permet de mesurer leur autorité.

Longtemps, la question de l'administration de la preuve a été dominée par l'irrationnel, le recours aux divinités, au serment ou à la force. Ainsi, le *duel judiciaire* opposait deux personnes en litige ; ils se battaient à l'épée, au pieu, à la hache ou avec toute autre sorte d'instrument du même type et le vainqueur gagnait son procès. De même l'*ordalie* soumettait un accusé à une épreuve extraordinaire, le feu, le poison ou bien il devait rester dans un tonneau rempli d'eau ; si l'on en réchappait c'était qu'on était innocent. L'aveu, même, ou surtout, sous la torture constituait une preuve irréfutable. Tous ces modes de preuve se sont rationalisés mais il reste quelques traces de ces origines irrationnelles.

Aujourd'hui, les règles de preuve, en raison de leur importance, font l'objet d'une attention particulière. Plusieurs systèmes différents sont concevables : entre liberté totale de la preuve et contingentement du droit de la preuve. C'est ce dernier parti, mais assorti de nombreuses exceptions, que choisit le droit français, ce qui rend sa compréhension très difficile. Le système français assure en outre une autorité différente aux différents modes de preuve ; l'écrit conserve sa supériorité, même avec la prise en compte de la preuve électronique, sur les autres modes de preuve. On peut alors distinguer les différents modes de preuve selon qu'il s'agit

de preuves littérales, écrites (Sous-section 1), ou des autres modes de preuve (Sous-section 2) dans lesquels on reconnaîtra les témoignages, les présomptions, l'aveu, ou le serment.

SOUS-SECTION 1

LA PREUVE LITTÉRALE

272. - Présentation. On ne peut plus aujourd'hui évoquer la preuve par écrit sans évoquer la place de la preuve électronique, permettant d'identifier l'écrit électronique aux côtés de l'écrit traditionnel sur support papier, surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 mars 2000 qui a profondément modifié les règles de preuve par écrit.

273. - Acte, *negocium*, *instrumentum*. L'écrit constitue aujourd'hui le mode de preuve idéal : il s'agit d'une preuve préconstituée, ménagée à l'avance, qui a une valeur objective et qui ne s'altère pas avec le temps. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le sens du terme « acte » largement utilisé en droit de la preuve et en droit des obligations. Un contrat, un acte, existe par la seule rencontre des volontés des contractants. Par conséquent, un contrat, pour exister, n'a en principe pas besoin d'être constaté par écrit (sauf exceptions, très nombreuses, résultant des exigences du formalisme). En revanche, ce contrat, cet acte, qui existe, doit, pour être prouvé, revêtir certaines formes, et ces formes probatoires imposées reposent essentiellement sur l'existence d'un écrit. On distingue ainsi le *negocium*, le contrat tel qu'il existe entre les parties, et l'*instrumentum*, qui constate et prouve le *negocium*.

On peut ainsi distinguer entre les différents écrits (§ 1), avant d'envisager la question de l'obligation de préconstituer une preuve (§ 2).

§ 1. - LES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE LITTÉRALE

274. - Définition de l'écrit et support de l'écrit. La loi du 13 mars 2000 a intégré la preuve électronique mais sans faire de l'écrit électronique un mode de preuve à part. Tout au contraire, l'écrit électronique s'inscrit comme l'un des modes de preuve littérale.

Pour parvenir à ce résultat, encore fallait-il proposer une définition de l'écrit qui soit commune à tous les écrits, qu'ils soient établis sur support papier ou qu'ils soient électroniques.

La définition de l'écrit de l'article 1365 présente la preuve par écrit comme une suite de lettres, caractères, chiffres, signes, symboles, compréhensibles et déchiffrables par autrui, « dotés d'une signification intelligible », et ce quel qu'en soit le support. Dès lors qu'un acte réunit ces critères, il est un écrit au sens du Code civil, peu important son mode d'extériorisation, son support ou la technique de transmission de cet écrit. Il peut s'agir d'un écrit établi sur support papier comme d'un écrit électronique qu'une suite de signes identifie.

De la même façon, la signature est définie par l'article 1367, alinéa 2 du Code civil indépendamment de son caractère écrit, traditionnel, ou électronique, comme une technique d'identification de son auteur et de manifestation du consentement du signataire aux obligations, résultat de l'acte.

A - Les formes principales d'écrit

275. - Plan. On observera, parmi les formes principales d'écrit, les actes authentiques (1°), les actes sous seing privé (2°) et les écrits électroniques (3°).

1 - Les actes authentiques

276. - Définition des actes authentiques. L'acte authentique est, aux termes de l'article 1369 du Code civil, « celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter », actualisant la formule ancienne de l'ex-article 1317. Il en résulte que l'acte authentique n'est pas un acte juridique ordinaire : il est un acte juridique, le plus souvent écrit sur support papier et signé par les parties, mais qui peut être électronique (C. civ., art. 1369, al. 2) qui acquiert sa qualité d'acte authentique par la signature de l'acte par l'officier public. L'officier public est le plus souvent un notaire, mais il peut s'agir d'un huissier ou d'un officier d'état civil.

Seul l'officier public territorialement et matériellement compétent peut recevoir un acte authentique. Ainsi, un acte notarié reçu par un huissier, qui est un officier public, n'est pas valable en tant qu'acte authentique, car seul un notaire pourrait conférer l'authentification de l'acte.

Il convient en outre que certaines formalités soient respectées. Ainsi toutes les ventes d'immeubles et plus généralement toutes les opérations effectuées sur des immeubles, constitutions de droits réels : servitudes, hypothèques... doivent être constatées en une forme authentique afin d'assurer une certaine sécurité aux tiers.

277. - Sanction. L'acte prétendument authentique parce que reçu par un officier public territorialement ou matériellement incompétent ou qui comprend un défaut de forme est en principe nul en tant qu'acte instrumentaire, mais demeure valable en tant que *negocium*, c'est-à-dire en tant que contrat, voire comme commencement de preuve par écrit et il convient de compléter cette preuve, librement (V. *infra*, n° 102). Dans certains cas, la nullité ne frappe pas tout l'acte mais une partie seulement (en cas de rature non comptée ou de page non paraphée, par exemple). Exceptionnellement cependant, seule l'authenticité de l'acte fait l'objet de l'annulation et il demeure valable en tant qu'acte sous signature privée (C. civ., art. 1370), si les conditions propres aux actes sous signature privée ont été respectées, hypothèse peu fréquente en pratique, ou, dans les conditions de l'article 1370 du Code civil, si l'acte a été signé par les parties et que la nullité a pour cause l'incompétence ou l'incapacité du notaire ou un défaut de forme de l'acte : le respect des autres conditions de l'acte sous seing privé (formalité du double original ou mentions manuscrites) est indifférent. Ce sauvetage de l'écrit pourtant déficient s'explique par la grande confiance que le législateur accorde au notaire.

Dans certains cas, l'acte authentique est exigé en tant que formalité *ad validitatem*, comme c'est le cas des donations (C. civ., art. 931), des conventions matrimoniales (C. civ., art. 1394) ou des hypothèques (C. civ., art. 2127), et l'*instrumentum* comme le *negocium* sont alors annulables.

278. - Force probante des actes authentiques. La force probante des actes authentiques est très importante. Aux termes de l'article 1371 du Code civil, l'acte authentique fait foi jusqu'au succès d'une procédure d'inscription en faux, c'est-à-dire jusqu'au succès d'un procès parvenant à établir que l'officier public, le notaire par exemple, a menti et a commis un faux.

En réalité, ces règles sont plus complexes. Ainsi, les mentions de l'acte authentique font foi jusqu'au succès d'une procédure d'inscription en faux pour les mentions qui ont pu faire l'objet d'une vérification personnelle par l'officier public. En revanche, toutes les autres clauses de l'acte, qui n'ont pas été directement constatées par celui-ci, qu'il n'a pas authentifiées, ne font foi que jusqu'à preuve du contraire, comme un acte sous seing privé.

Ainsi, l'autorité de l'acte concerne « les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause » mais également les tiers à l'acte : l'acte authentique fait foi *erga omnes*. Par ailleurs, l'acte authentique ne fait foi que pour certaines parties de l'acte et non de son intégralité : seuls font foi, au sens de l'article 1371 du Code civil, les

faits que le notaire « a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence, dans l'exercice de ses fonctions ». Par exemple, fait foi l'énonciation d'un testament dicté au notaire (Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1961 : *D.* 1962, somm. p. 5), la date de l'acte même avant ou sans enregistrement (Cass. 2^e civ., 9 mai 1974 : *Bull. civ.* 1974, II, n° 160), la mention par laquelle le notaire note que le paiement du prix a été effectué, dans la mesure où cet acte d'exécution s'est déroulé sous ses yeux et plus globalement « la désignation des parties, l'échange des consentements, la précision de l'objet et de la cause et surtout la remise de fonds en découlant (*dans la mesure où ils*) ont été accomplis par l'officier ministériel ou se sont passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions » (Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 1972 : *Bull. civ.* 1972, I, n° 102. – Cass. 3^e civ., 30 juin 1999 : *Bull. civ.* 1999, III, n° 159). Cette foi s'attachant à l'acte ne vaut que pour les déclarations de l'acte. Si une partie souhaite contester la déclaration d'une partie, et non sa transposition par le notaire, la preuve est rapportée selon le régime de droit commun et non par la procédure d'inscription de faux. Tel est le cas lorsque la remise d'une somme d'argent en paiement du prix d'un contrat s'est déroulée hors de la présence du notaire (V. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1969 : *Bull. civ.* 1969, I, n° 277). Plus généralement, pourra être remise en cause toute déclaration de l'acte : le notaire certifie l'existence de la déclaration, et non sa sincérité.

2 - Les actes sous signature privée

279. - Définition des actes sous signature privée. L'acte sous signature privée (la formule remplace celle, usuelle, d'acte sous seing privé, qui disparaît du Code civil) est un écrit établi par les simples particuliers sans intervention d'un officier public et signé par les parties. Il est donc un écrit plus simple que l'acte authentique ; mieux, l'absence de formalisme le caractérise sous réserve de quelques formes élémentaires, sauf bien sûr entre commerçants puisque la preuve est librement administrée même si la prudence commande d'appliquer le même régime.

280. - Acte contresigné par avocat. L'acte sous signature privée contresigné par avocat, est un acte sous signature privée revêtu de la signature d'un avocat, qui aurait une valeur probatoire inférieure à celle d'un acte authentique mais qui fait foi de l'écriture et de la signature des parties, dispensant de toute mention manuscrite (C. civ., art. 1374).

a) Formalisme des actes sous signature privée

281. - Multiplicité des exigences formelles. Un écrit établi sous signature privée obéit à certaines conditions de forme.

Il doit, comme son nom l'indique, être revêtu de la *signature* de la partie qui s'oblige, c'est-à-dire d'une seule personne pour un acte unilatéral, le débiteur d'une promesse unilatérale de vente par exemple, et de toutes les parties pour un contrat synallagmatique, le vendeur et l'acheteur dans un contrat de vente. S'ajoute à cette exigence commune à tous les actes sous seing privé, une formalité spéciale et variable à certains d'entre eux : les actes synallagmatiques doivent respecter la *formalité du double*, les actes unilatéraux, la *mention personnelle*.

282. - Formalité commune à tous les actes sous signature privée : la signature. La signature est nécessaire car elle individualise le ou les auteurs de l'acte (C. civ., art. 1367) et caractérise la volonté de s'engager. Cependant, la signature n'est pas un acte solennel d'écriture mais une simple modalité de la preuve écrite. L'acte sous seing privé doit être signé par les deux parties, dit-on souvent. En réalité, pour qu'un acte sous seing privé soit valable en tant que preuve, il suffit que l'acte soit signé par la partie contre laquelle il est opposé, même s'il n'est pas signé par la partie qui utilise cet acte. Il suffit donc de signer l'acte remis aux autres parties mais pas l'original conservé.

La **forme de la signature** pose difficulté dans la mesure où la signature n'a, pendant longtemps et jusqu'à la loi du 13 mars 2000, pas fait l'objet d'une définition. La signature est la marque d'un consentement et non un acte solennel d'écriture en sorte, que la jurisprudence proposait des solutions restrictives.

Peu importe alors la forme de la signature, pour autant qu'elle réponde aux conditions définies par la loi. Peu importe aussi qu'elle soit ou non précédée de la traditionnelle mais inutile mention « lu et approuvé » (Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993 : *JCP G* 1994, II, 22195, note I. Pétel-Teyssié ; *JCP N* 1993, II, p. 256, note L. Leveneur ; *Defrénois* 1993, p. 730, note J.-L. Aubert). La signature est constituée du nom patronymique, éventuellement précédé ou suivi du prénom. Peu importe la forme (au-delà de son existence) puisque seules les conditions de fond sont fondamentales et l'individualisation de son auteur par sa signature traduisant sa volonté de s'engager. C'est une condition très importante. Dès lors que la loi du 13 mars 2000 donne de l'écrit une définition englobant toute combinaison de signes intelligibles, n'importe quel signe convient dans la mesure où ces signes sont une condition nécessaire mais point suffisante et s'ajoute la volonté non équivoque de s'engager. Les illettrés doivent alors tenter des rudiments de signature, les aveugles et les handicapés signent valablement même guidés, mais ils peuvent prouver que leur signature n'est pas valable si le texte signé n'est pas conforme à celui qui leur a été lu ou expliqué (Cass. 2^e civ., 19 juin 1951 : *Bull. civ.* 1951, II, n° 190).

Le problème se posait également de la validité d'une signature informatique ou d'un code informatique secret. Avant la loi du 13 mars 2000, les solutions législatives étaient ambivalentes : l'article 970 du Code civil impose une signature manuscrite des testaments olographes ; l'article 2 de la loi du 22 décembre 1972 la signature manuscrite en cas de vente à domicile... La jurisprudence s'est rarement prononcée ; elle avait admis le code informatique en vertu du principe de la suppléativité des règles de preuve. La loi du 13 mars 2000 a transformé ces solutions en validant une conception beaucoup plus large de la signature (C. civ., art. 1367, al. 2).

L'emplacement de la signature importe davantage. Elle figure à la fin de l'acte et lorsque l'acte comporte plusieurs pages, la signature à la fin de l'acte est généralement précédée des paraphes sur chacune des pages. La **signature en blanc-seing** indique une signature donnée par avance. La formule est valable mais particulièrement dangereuse puisqu'elle laisse à l'autre partie le soin de rédiger l'acte ou les passages de l'acte, au risque de la fraude. Il sera alors très difficile de prouver le blanc-seing et le fait que l'autre partie a trahi la confiance du primosignataire (c'est à ce dernier d'apporter la preuve de cette trahison : V. Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1977 : *Bull. civ.* 1977, I, n° 409). Seul l'abus de blanc-seing est sanctionné par le droit civil comme constituant une cause de nullité de l'acte et par le droit pénal comme abus de confiance. L'article 407 de l'ancien Code pénal connaissait une qualification spéciale que la nouvelle rédaction du Code pénal n'a pas reprise, mais la jurisprudence a admis que l'article 314-1 nouveau du Code pénal, punissant l'abus de confiance de façon plus large que l'ancien article 408, permettait d'absorber les hypothèses d'abus de blanc-seing.

283. - Désaveu et vérification de signature. L'acte sous seing privé est un mode de preuve simple qui doit assurer la sécurité de l'acte juridique. Les anciens articles 1323 et 1324 du Code civil organisaient les conditions dans lesquelles un contractant pouvait désavouer sa signature, provoquant une vérification de celle-ci, dans le cas où il soupçonnerait une imitation ou une falsification de sa signature. Ces textes sont remplacés par une simple formule selon laquelle « la partie à laquelle on l'oppose peut désavouer son écriture ou sa signature », via une procédure de vérification de signature prévue par les articles 287 et suivants du Code de procédure civile s'agissant de la vérification d'écriture et par les articles 299 et suivants du même code s'agissant de la procédure de faux. Ces procédures, pour être mises

en œuvre, nécessitent précédemment un désaveu de sa signature par celui qui ne reconnaît pas sa signature (ou bien par ses héritiers ou ayants cause), le plus souvent à titre d'exception dans un litige, ou bien à titre principal par prévention.

Le **désaveu de signature** renverse la charge de la preuve de la véracité de la signature : en effet, ce n'est pas à celui qui désavoue sa signature de prouver qu'elle est fautive ; c'est à son contradicteur de démontrer qu'elle est vraie. Ce renversement est redoutable car l'échec de la preuve de la véracité conduira à l'admission du désaveu. Ce renversement n'est cependant qu'apparent car, en observant les règles de la charge de la preuve et conformément à l'article 1353, alinéa 1^{er}, du Code civil, c'est bien à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver : celui qui se prévaut de l'acte doit en prouver tous les éléments.

La **vérification de signature** relève du pouvoir du juge ; il peut d'ailleurs la refuser, s'il dispose d'éléments suffisants en faveur ou en défaveur de la véracité. La vérification pourra bénéficier de l'aveu du falsificateur ou de l'imitateur, même implicite ou, le plus souvent, d'une comparaison (CPC, art. 288 et 290).

284. - Formalité propre aux actes synallagmatiques : la formalité du double.

Une seconde formalité élémentaire imposée aux actes sous seing privé résulte de la formalité du double (C. civ., art. 1375). Il doit être fait, pour que l'acte soit valable, autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. L'article 1375 du Code civil ne concerne cependant que les conventions synallagmatiques civiles. Échappent à cette obligation, outre les contrats commerciaux, les actes de commerce et les conventions qui ne seraient pas synallagmatiques, excluant les actes ou contrats unilatéraux, tels le dépôt, le gage, le prêt, l'antichrèse, le cautionnement, la reconnaissance de dette, la renonciation, une confirmation, une autorisation, etc. L'article 1375 du Code civil impose autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts. Pour les parties ayant un intérêt identique, quel que soit leur nombre, un original suffit : c'est le cas des cocontractants, coacheteurs, covendeurs, colocataires, etc., ou bien d'un débiteur et de sa caution ou des cautions entre elles. Il n'est pas toujours aisé de dénombrer exactement le nombre nécessaire d'exemplaires dans certains contrats complexes. Aussi, les parties ajoutent-elles parfois un ou plusieurs exemplaires supplémentaires, précaution d'autant plus louable qu'un exemplaire original sera souvent requis pour procéder à certaines formalités dont la plus courante est l'enregistrement, obligatoire ou facultatif. En outre, aux termes de l'article 1375, alinéa 2, du Code civil, chaque original doit indiquer le nombre d'originaux établis, de façon à préconstituer la preuve du respect de la formalité du double, de quelque façon que ce soit (le plus souvent : fait à X, le Y, en Z exemplaires).

La sanction du non-respect de la formalité du double est la nullité de l'acte en tant qu'acte sous seing privé qui ne vaut plus, en principe, que comme commencement de preuve par écrit.

L'article 1375 ajoute toutefois une solution, permettant à l'acte de disposer de sa force probante tout en ne respectant pas l'exigence de la « formalité du double », lorsque les parties sont convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé. Il convient donc que ce procédé soit convenu, et qu'ensuite un tiers reçoive cet exemplaire, en pratique un professionnel consignataire de l'acte, un notaire ou un avocat par exemple.

285. - Formalité propre aux actes unilatéraux : la mention « écrite par lui-même ». Une troisième formalité que l'on appelait « mention manuscrite » avant la loi du 13 mars 2000, est parfois exigée pour les actes constatant un engagement unilatéral *de payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible*. Pour ces actes, doit être retrouvée une formalité particulière : « la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres » (C. civ., art. 1376).

La mention « écrite par lui-même » de l'article 1376 du Code civil s'applique à tous les actes juridiques unilatéraux constatant un engagement ayant pour objet

une somme d'argent ou un bien fongible pour autant que l'on constate un tel engagement. Il s'agit notamment des actes de caution donnés par une personne pour garantir la dette qu'a contractée une autre personne.

La mention devait, hier, être manuscrite et émaner de la main du débiteur et indiquer en toutes lettres et en chiffres la somme ou la quantité due. Aujourd'hui, le nouvel article 1376 du Code civil, reprenant l'essentiel de l'ex-article 1326 modifié par la loi de 2000, qui a remplacé le terme « manuscrite » par ceux de « par lui-même » de façon à prendre en compte l'hypothèse de la mention électronique et l'élargissement de la notion d'écrit, admet qu'une mention manuscrite convient, mais également tout autre procédé. Figureront le principal de l'engagement du débiteur mais également certains accessoires.

La sanction de l'article 1376 réside dans la perte de la force probante qui aurait celle de l'acte si cette exigence avait été respectée. L'acte vaut cependant comme convention et l'écrit vaut comme commencement de preuve par écrit. Traditionnellement appelée formalité du « bon pour », l'usage était fréquent d'ajouter la formule « lu et approuvé » qui n'a jamais été une formalité imposée par la loi (V. Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 39 ; *JCP G* 1994, II, 22195, note I. Pétel-Teyssié ; *RTD civ.* 1993, p. 583, obs. J. Mestre). La formule du « bon pour » a été supprimée du Code civil mais son fondement demeure. Il s'agit d'une formalité destinée à vérifier que celui qui s'engage a suffisamment pris conscience de la portée de cet engagement et à éviter les abus de blanc-seing.

En matière de cautionnement, terrain privilégié d'application du texte, plusieurs difficultés apparaissent. En effet, le cautionnement fournit une jurisprudence très riche à partir des règles du Code civil qui l'organisent, dont l'ex-article 2015 du Code civil qui dispose que « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». Dès lors, la confrontation entre les règles de fond et de preuve du cautionnement justifie la jurisprudence abondante en la matière et ses tergiversations. Ainsi, d'une exigence de preuve, la mention « personnelle » est devenue une exigence de fond à partir de sa combinaison avec l'ex-article 2015 du Code civil (2292 depuis une ordonnance du 23 mars 2006). D'abord utilisé au soutien de la jurisprudence exigeant des formules particulières pour les cautionnements indéterminés, l'ex-article 2015 s'est combiné avec l'ex-article 1326 du Code civil pour protéger les cautions profanes, de nature à se transformer en une règle de formation destinée à éclairer le consentement de la caution : « il résulte de la combinaison des ex-articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite devant figurer sur un acte de cautionnement ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution » (Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987 : *Bull. civ.* 1987, I, n° 210 ; *D.* 1987, somm. p. 442, obs. L. Aynès. – Adde P. Sargos, *L'opération « glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence* : *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 209. – P. Simler, *Le juge et la caution, excès de rigueur ou excès d'indulgence* : *JCP N* 1986, I, p. 169). La mention de l'ex-article 1326 du Code civil était érigée en règle de forme *ad validitatem* et non plus simplement *ad probationem*, de sorte qu'à défaut de mention conforme, l'*instrumentum* et le *negocium* disparaissaient. Devant les critiques de la doctrine, la première chambre civile est revenue sur cette décision dès 1989, cantonnant la mention manuscrite au domaine de la preuve du cautionnement (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989 et Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989 : *JCP G* 1989, II, 21317, note D. Legeais ; *D.* 1989, somm. p. 290, obs. L. Aynès ; *D.* 1990, p. 177, note C. Mouly).

b) Force probante des actes sous signature privée

286. - Comme un acte authentique. La force probante des actes sous signature privée est très importante même si elle est moindre que celle d'un acte authentique.

Entre les parties, pourtant, l'acte sous signature privée fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause » (C. civ., art. 1372). Avant la réforme de 2016, la rédaction était plus radicale : il avait « la même foi que l'acte authentique » (C. civ., ancien art. 1322). Par conséquent, celui à qui est opposé un acte sous signature privée doit, pour tenter de le réfuter, dénier formellement sa signature, emportant une procédure de vérification d'écriture. Inversement, cela signifie que l'acte sous seing privé reconnu s'impose au juge. La seule façon de prouver contre un acte sous signature privée consiste à produire un acte authentique ou un autre acte (ou encore un aveu, un serment).

À l'égard des tiers, l'opposabilité de l'acte sous signature privée est relative. Les tiers ne sont, en effet, pas tenus par les contrats qu'ils n'ont pas conclus. L'acte fait donc foi contre les tiers jusqu'à preuve du contraire, laquelle peut être apportée par tout moyen. L'important pour les tiers est de savoir à quel moment la situation juridique qui résulte de l'acte sous signature privée, un transfert de propriété pour une vente, la location pour un bail, etc., pourra efficacement leur être opposée. Il s'agit donc d'assurer l'*opposabilité* de l'acte aux tiers. L'opposabilité aux tiers dépend du moment à partir duquel un écrit a *date certaine* (V. *infra*, F. Favennec-Héry). On ne peut, en effet, retenir comme date certaine la date fixée dans l'acte sous signature privée. Il suffirait au propriétaire d'un immeuble de conclure un bail après la vente, en l'antidatant pour que ce bail engage le nouveau propriétaire. L'article 1376 du Code civil énumère trois moyens assurant date certaine aux actes sous signature privée dont la jurisprudence assure le caractère limitatif (Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1986 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 13), même si l'on pourrait songer à beaucoup d'autres moyens : un handicap physique ou mental ou sa confirmation par un fait quelconque, un commencement d'exécution par exemple. L'article 1377 reprend les trois moyens envisagés par l'ancien article 1328 : l'enregistrement, le décès de l'un des contractants ou le constat de la substance du contrat dans un acte authentique. L'enregistrement de l'acte, parfois obligatoire, en application de règles fiscales est le premier de ces moyens. Le décès de l'un des souscripteurs de l'acte est également un élément de certitude que, à la date du décès au plus tard, l'acte a été conclu. La date certaine de l'acte est alors la date du décès. Enfin, la relation de la substance de l'acte sous seing privé dans un acte authentique, quel qu'il soit, confère également, à la date de l'acte authentique, date certaine à l'acte sous seing privé.

3 - L'écrit électronique

287. - Problème de la preuve électronique. La loi du 12 juillet 1980 avait adapté le droit de la preuve aux écrits de son époque, notamment par les modifications et ajouts des articles 1347 et 1348 du Code civil (V. *infra*, n° 104). Cette réforme était cependant difficilement adaptable aux nouveaux moyens de reproduction ou de communication, notamment informatiques : paiements effectués par carte de crédit, commerce et courriers électroniques. Les actes qui en résultent sont dématérialisés. Ces techniques s'affranchissent de l'écrit et de toute intervention manuscrite, signature ou mention. La pratique connaissait quelques moyens pour pallier ces difficultés, par exemple l'utilisation de conventions sur la preuve, comme en matière de carte de crédit. L'important, en effet, ne réside pas dans l'écrit eu égard au succès des cartes de crédit, le paiement sécurisé par informatique, les signatures cryptées (V. *infra*, E. Caprioli. – *Adde* L. n° 96-660, 26 juill. 1996, art. 28, sur les algorithmes de chiffrement). Peu importe pourvu que la sécurité règne sur la preuve de la volonté de s'engager sur un contenu indiscutable, hier l'écrit et sa signature manuscrite, demain l'écrit immatériel tel un contrat circulant par télématique et la signature codée (sur ces questions, V. *Bibl. infra*). Déjà, la concurrence des articles 1347 et 1348 du même code et de l'article 1341 du Code civil peut permettre d'ébranler le second et, partant, le dogme de l'écrit traditionnel. La Cour

de cassation s'est rapidement adaptée : la chambre commerciale plaçait sur un pied d'égalité un écrit et sa copie, sa télécopie même, affirmant que « l'écrit (...) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées » (Cass. com., 2 déc. 1997 : *D.* 1998, jurispr. p. 192, note D.-R. Martin ; *JCP G* 1998, II, 10097, note Grynbaun ; *RTD com.* 1998, 187, obs. M. Cabrillac). Par l'écrit, donc, mais au-delà de l'écrit.

288. - Loi du 13 mars 2000. La loi du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », modifie le Code civil (*V. infra*, article M. Vivant. – *V.* également *infra*, I. de Lamberterie ; P. Catala ; A. Prum) en adaptant les règles actuelles du droit de la preuve, s'agissant des actes sous seing privé notamment, mais également des actes authentiques, aux exigences de la société de l'information, en cours de généralisation. Il ajoute une nouvelle catégorie d'acte, l'acte électronique, que l'on s'accorde à appeler l'écrit électronique ou la preuve électronique. La loi s'inscrit dans une série plus vaste de réglementations ou de projets de réglementations, internes, internationaux ou étrangers.

289. - Réforme de 2016. La réforme de 2016 a supprimé toute spécificité à la preuve des actes conclus sous forme électronique, non pas pour revenir sur les dispositifs de la loi de 2000, mais au contraire pour constater la banalisation des actes conclus sous forme électronique et donc en intégrant ces dispositions dans l'ensemble des techniques de preuve, qu'il s'agisse de la définition de l'écrit (C. civ., art. 1365), de la signature (C. civ., art. 1367, al. 2), de l'acte authentique électronique (C. civ., art. 1369). Un écrit est un code que l'on peut traduire, c'est-à-dire lire, comprendre. La qualité de l'écrit ne dépend pas de son support – il ne dépend plus du papier – ni du procédé de transfert, de sorte que la numérisation d'un écrit ne le disqualifie pas : l'écrit numérique est un écrit. L'écrit électronique sera alors le plus souvent un concurrent de l'acte sous signature privée, d'autant que l'acte authentique sur support électronique est alors dispensé des mentions manuscrites rédigées par la loi.

290. - Conflits de preuves. L'objectif du conflit entre les procédés traditionnels de preuve a pendant longtemps été d'assurer la primauté de l'écrit. Cependant, dès lors que deux types d'écrits – écrit papier et écrit électronique – sont reconnus comme équivalents, leur coexistence doit être envisagée. En premier lieu, aucune forme d'écrit ne l'emporte sur l'autre. En second lieu, le conflit ne paraît guère aisé à résoudre par avance, de sorte qu'il vaut mieux s'en tenir à l'écrit le plus vraisemblable, ce que l'article 1368 décide par principe : « à 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 ». En outre, l'article 1361 considère que « il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment judiciaire ou le commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve ».

B - Les autres écrits

291. - Lettres missives. Le Code civil ne les évoque pas. Pourtant, il ne fait pas de doute qu'une lettre puisse valoir comme preuve sous deux conditions. Elle doit être en la possession régulière de celui qui l'invoque et elle ne doit pas heurter le principe de confidentialité de la correspondance pour autant que cette confidentialité soit reconnue. Tel ne sera pas le cas d'une lettre d'affaires, mais le sera de la correspondance d'un avocat. Par ailleurs, une lettre ne pourra pas être utilisée contre son auteur si elle a été obtenue par dol ou par violence. Selon les cas, une lettre pourra valoir aveu extrajudiciaire, ou acte sous signature privée puisqu'il suffit qu'un écrit soit signé par son auteur pour être un acte sous seing privé au sens de l'article 1365 du Code civil sans qu'il soit besoin d'exiger la formalité du double de l'article 1375 du même code.

292. - Livres de commerce, registres et documents professionnels. Tout commerçant a l'obligation de tenir un livre de commerce sur lequel il consigne l'ensemble des opérations qu'il réalise. Plus que ces derniers, l'article 1378 du Code civil vise de manière générale, les « registres et documents » d'un professionnel, ceux qu'il est tenu d'établir. Ces documents ont valeur probatoire, contre l'auteur de ces documents, comme un acte sous signature privée ; en revanche, l'auteur de ces documents ne peut les diviser pour ne retenir que les éléments les plus favorables : il doit tout présenter ou rien.

293. - Registres et papiers domestiques. Divers documents mentionnant des événements variés, journal, agenda... sont utilisés quotidiennement et indépendamment de tout souci probatoire et pourraient utilement aider un plaideur. Pourtant, l'article 1378-1 du Code civil, comme l'ancien 1331 qu'il remplace, refuse qu'ils puissent constituer un titre au bénéfice de leur auteur mais le juge pourrait les utiliser comme indices ou comme présomption complétant un autre élément imparfait de preuve. En revanche, ces documents peuvent être reçus contre leur auteur mais dans quelques cas seulement : lorsqu'ils font état d'un paiement reçu ou lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note dans le document est faite pour pallier le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation (C. civ., art. 1331. – Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1958 : *D.* 1958, p. 747, admettant des registres domestiques en tant que présomption).

294. - Mentions libératoires portées sur un titre de créance. Parfois le créancier obtient paiement du débiteur et se contente d'inscrire mention du paiement sur le titre qu'il garde sans établir de quittance ou de facture. Cette inscription fait foi même non signée ni datée par le débiteur (C. civ., art. 1378-2).

295. - Copies, actes récongnitifs. Constituent également des écrits subsidiaires, les copies diverses, telles que les copies d'originaux, des télécopies, photocopies, télex. Outre la question de savoir si ces copies peuvent constituer une exception au principe de la préconstitution de la preuve écrite de l'article 1364 du Code civil dans les conditions de l'article 1361 qui dispose que, outre l'aveu judiciaire ou le serment judiciaire, un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve peut être suppléé à un écrit. Au-delà cependant, les articles 1379 et suivants organisent les conditions dans lesquelles certaines copies ainsi que les actes récongnitifs peuvent être produits. Les copies se définissent comme les copies d'un original et le régime juridique de leur valeur probatoire dépend de l'existence de l'original ou de sa disparition.

Avant 2016, les copies étaient tenues en relative suspicion, l'ancien article 1334 du Code civil n'accordait aucune valeur particulière à la copie d'un acte qui a été conservé : « Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ». Désormais, les copies peuvent être utilisées de la même façon que l'original à condition qu'il s'agisse d'une copie fiable, alors que l'original, s'il subsiste, peut toujours être présenté. La copie dispose alors de la même force probante que l'original, pour les actes sous signature privée mais peut-être aussi, comme avant 2016, pour les actes authentiques bien qu'il ne les vise point (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, n° 79-11.332 : *Bull. civ.* 1980, I, n° 245).

Les *actes récongnitifs* (C. civ., art. 1380) constituent une reproduction intellectuelle d'un original en ce sens qu'il s'agit d'un acte qui renouvelle les termes de l'original qui l'a précédé. En eux-mêmes, les actes récongnitifs prouvent comme l'original, qui n'est pas dispensé de présentation, si sa teneur est spécialement relatée, mais en revanche tous les éléments supplémentaires ou différents par rapport à l'original n'ont pas d'effet probant sur l'original.

§ 2. - PREUVE PAR TOUT MOYEN ET OBLIGATION DE PRÉCONSTITUER LA PREUVE LITTÉRALE

296. - Présentation. Une chose est d'observer les différents modes de preuve littérale (V. *infra*, nos 108 et s., pour les modes de preuve autres que littérales), une autre de proposer l'organisation de ces modes de preuve. Entre le système de la preuve libre et celui de la preuve encadrée, le droit français a fait le choix du second qui, combiné avec l'affirmation de la supériorité de l'écrit sur les autres modes de preuve, conduit à l'exigence de préconstitution de la preuve écrite. L'article 1359 du Code civil organise le jeu des preuves écrites : « 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 ». Il se conjugue avec le précédent, l'article 1358, qui indique que « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». Or, avant 2016, le Code civil organisait une forme de hiérarchie privilégiant l'écrit, le code propose désormais une forme de concurrence entre la liberté de la preuve et l'exigence d'écrit.

Le Code civil impose de préconstituer la preuve par écrit dans de nombreuses hypothèses en raison de la supériorité de l'écrit sur les autres moyens de preuve, surtout sur le témoignage et les présomptions : l'objectif est d'assurer la sécurité des transactions. Ainsi, un décret datant du 15 juillet 1980 fixait à 5 000 F le montant au-delà duquel la preuve écrite est exigée, cette somme est passée ensuite à 1 500 €.

Il faut alors bien distinguer les *faits juridiques* des *actes juridiques* désormais et par ailleurs définis dans le Code civil (C. civ., art. 1100). La grande différence tient à leur preuve. Les *faits juridiques* se prouvent librement, par n'importe quel moyen de preuve, alors que les *actes juridiques* sont soumis à l'exigence de l'article 1359 du Code civil. Pour ces derniers, un écrit est nécessaire au-dessus du montant prévu par décret.

297. - Portée du principe : preuve contre et outre un acte sous signature privée. L'écrit est exigé tant pour la preuve de l'existence de l'acte que de son contenu. Lorsqu'un écrit existe, il est impossible de prouver « contre et outre » le contenu de l'acte par un autre moyen de preuve que par écrit (sauf les exceptions des articles 1361, 1362 et 1379). Il en résulte qu'il est interdit de contredire les inexactitudes (preuve contre) et les omissions (preuve outre). Ainsi, si un contrat, non commercial (car la preuve des contrats commerciaux est libre), indique que le paiement doit se faire par chèque le 15 du mois suivant, il ne saurait être prouvé, par témoin par exemple, que le paiement était prévu à une autre date. En revanche, d'une part un autre écrit permet de prouver qu'une autre date a été convenue, et par ailleurs, le paiement, qui reste un fait juridique, peut être prouvé par tout moyen, par exemple par une preuve testimoniale.

Toutes ces questions sont très complexes en raison de la difficulté qu'il y a à distinguer actes et faits juridiques. Ainsi, un contrat tacite, acte juridique, qui par définition n'est pas constaté par un écrit, doit-il être prouvé comme un acte juridique ou comme un fait juridique (preuve libre) ? Cette question reste incertaine. Par ailleurs, la preuve de l'exécution d'un contrat, fait juridique, se prouve librement.

298. - Liberté des preuves en matière commerciale. En matière commerciale, la preuve peut être rapportée par tous moyens aux termes de l'article L. 110-3 du Code de commerce : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

Les seules réserves sont celles formulées au sein du Code civil ou dans d'autres lois non codifiées. Ainsi les commerçants doivent comme les particuliers faire constater la vente d'immeuble par acte notarié, ou faire signifier un acte par exploit

d'huissier. Ce principe de liberté de la preuve en matière commerciale se justifie par la pratique des affaires, reposant sur la rapidité et la confiance. Pourtant, la prudence impose de respecter très souvent les règles prévalant entre particuliers par la rédaction d'un écrit sous seing privé : même si cet acte n'est pas soumis à l'article 1359 du Code civil et qu'il peut donc être prouvé contre et outre cet acte écrit par tous moyens, l'un de ces moyens, l'écrit volontairement préconstitué, sera primordial en cas de litige.

En outre, certains actes sont des actes de commerce par nature, quelle que soit la qualité des commerçants. C'est le cas traditionnel des lettres de change. La preuve est alors apportée par tous moyens, même entre deux non-commerçants. C'est aussi le cas de certains contrats commerciaux comme les opérations sur un fonds de commerce ou les cessions de contrôle d'une société.

Il convient cependant d'observer que ces règles ne valent *qu'entre* commerçants. En présence d'un acte *mixte*, établi entre un commerçant et un non-commerçant, les règles sont doubles. Le commerçant qui souhaite prouver le contrat conclu avec un non-commerçant à l'encontre de ce dernier doit apporter cette preuve dans les conditions de l'article 1359 du Code civil ; il est donc soumis aux rigueurs de l'écrit si la somme du contrat dépasse le montant prévu par décret. Inversement, le non-commerçant peut prouver le contrat, pour autant qu'il s'agisse d'un contrat commercial, en bénéficiant de la liberté de preuve contre le commerçant. Cette dualité de régime de la preuve, s'agissant des actes mixtes, n'est guère satisfaisante dans la mesure où celui qui a l'habitude de la rapidité, de la souplesse – le commerçant – doit se contraindre à la rigueur de la preuve civile alors que celui qui, en principe, devrait se soucier de préconstituer la preuve écrite – le non-commerçant – peut se permettre un certain laxisme.

299. - Aveu, serment, écrit imparfait. L'article 1361 du Code civil prévoit une exception à l'exigence de préconstitution de l'écrit de l'article 1359 dans trois circonstances : l'exigence d'un aveu judiciaire, d'un serment décisoire, très particuliers, et en présence d'un commencement de preuve par écrit, qui est un écrit imparfait pouvant alors être corroboré par un autre moyen de preuve, quel qu'il soit. L'article 1362 définit alors le commencement de preuve par écrit comme « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué ». Il ajoute que « peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un 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 ». C'est encore le cas des copies, et de l'impossibilité de se procurer un écrit (C. civ., art. 1360).

300. - Commencement de preuve par écrit. Un commencement de preuve par écrit correspond à « tout écrit », qui émane du défendeur, contre lequel une demande est formée, et qui rend vraisemblable ce qui est allégué par ce défendeur. Il s'agit donc d'un écrit suffisamment vraisemblable pour intéresser le droit de la preuve, mais qui ne répond pas aux conditions particulières parfois exigées pour la preuve littérale pour être considéré comme un acte authentique ou un acte sous signature privée.

Un commencement de preuve par écrit correspond le plus souvent à un écrit non signé ou incomplet ou bien à un engagement de caution qui ne comporte pas la mention exigée par l'article 1326 du Code civil (V. *supra*, n° 87). Il peut s'agir également de déclarations verbales consignées dans un écrit. La question de l'enregistrement de la voix pose également problème. Captée à l'insu de la personne, la preuve ne saurait valoir par exemple en droit social où cette question se rencontre fréquemment pour justifier un licenciement. Lorsque cet enregistrement est effectué ostensiblement, il n'y a pas d'écrit mais la voix permet, tout comme la fonction de l'écrit, de fixer le langage et d'identifier son auteur.

Le commencement de preuve par écrit de l'article 1361 du Code civil n'a, cependant, pas la force probante de l'écrit de l'article 1359 du Code civil. Par conséquent, il peut être prouvé contre un commencement de preuve par écrit par d'autres moyens de preuve, témoignages ou présomptions comme l'existence d'une promesse de l'exécuter ou un commencement d'exécution, par exemple, ou par tout autre moyen de preuve, libre. Un commencement de preuve par écrit est donc une preuve incomplète, moins rassurante qu'un écrit puisque l'on peut prouver contre et outre, mais qui connaît un début d'efficacité puisqu'on peut le compléter.

301. - Copie fiable d'un écrit. L'acte original doit être distingué de sa copie. L'original a la même force probante que sa copie, à supposer que la copie soit une copie fiable ; à défaut, la présentation d'une copie ne correspondant aux critères de fiabilité de l'article 1379, alinéa 2 du Code civil ne dispense pas de celle de l'original. L'importance des moyens de reproduction rend, cependant, très délicate la mesure de la valeur d'une copie et l'absence d'autonomie probatoire des copies, reconnue en 1804, s'est révélée très gênante, jusqu'à l'intervention de la loi du 12 mai 1980 et la réforme de 2016 qui accentue encore la force probante des copies fiables.

Est présumée fiable, présomption qui n'est qu'une présomption simple, « 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. Est réputée durable « toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support » de la copie. Microfilms d'autrefois, photocopier afin de favoriser les archivages toujours plus importants des chèques et autres moyens de paiement traités par les banques notamment sont ainsi compris. Photocopies et télécopies ont longtemps fait l'objet d'une grande suspicion, car ces modes de reproduction ne présentaient pas les garanties suffisantes pour valoir copie au sens de l'article 1348, alinéa 2, du Code civil (V. *infra*, J. Huet, art. in D. 1992 ; H. Croze, *op. cit.*, chron. p. 168. – V. Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1976 : *Bull. civ.* 1976, I, n° 251. – Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 1995 : *D.* 1995, p. 340, note S. Piédelièvre ; *JCP G* 1995, II, 22402, note Y. Chartier, refusant aux photocopies la valeur de commencement de preuve par écrit. – Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996 : *Bull. civ.* 1996, I, n° 270 ; *Contrats, conc. consom.* 1996, n° 183, obs. L. Leveneur et Cass. com., 2 déc. 1997, préc., l'admettant. – V. également Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 : *Bull. civ.* 1996, I, n° 190 ; *RTD civ.* 1997, p. 163, obs. P.-Y. Gautier. – V. pour le télex, J. Huet, *La valeur juridique de la télécopie comparée au télex* : *D.* 1992, chron. p. 33. – Mais *contra* Cass. com., 8 juill. 1997 : *D.* 1997, p. 157, s'agissant de la preuve par télex d'un effet de commerce), jusqu'à une évolution récente en la matière, admettant la valeur probatoire des photocopies et télécopies. Les copies fiables sont alors des modes de preuve très importants puisque l'article 1379 reconnaît qu'elles constituent une exception à l'article 1359 et qu'elles ont une valeur probatoire propre : point n'est besoin de compléter cette preuve par un autre moyen comme c'est le cas des commencements de preuve par écrit. En outre si l'original subsiste, il peut toujours être présenté.

Si la copie n'est pas fiable, ou si la présomption de fiabilité est renversée, en revanche, elle n'a aucune valeur probante, sinon comme commencement de preuve par écrit.

302. - Impossibilité d'apporter une preuve littérale. L'article 1360 du Code civil évoque l'hypothèse dans laquelle une personne se trouve dans l'impossibilité de se procurer un écrit. *À l'impossible nul n'est tenu*. Il peut s'agir d'une impossibilité morale ou matérielle. L'impossibilité morale résulte de relations d'affection, de famille, de travail ou d'usages qui font qu'une personne ne peut exiger de l'autre qu'elle lui fournisse un écrit. L'impossibilité matérielle résulte de circonstances matérielles qui font que l'écrit n'a pas pu être établi ou qu'établi, il ne peut être produit. Il a pu ne pas être établi sur un champ de bataille par exemple ou alors que les deux parties ne savaient ni lire ni écrire. L'écrit a parfois été établi mais ne peut être produit parce

qu'il a été perdu par cas fortuit ou par force majeure. Dans toutes ces hypothèses, la preuve libre devient recevable, pour autant que les circonstances rendant possible la dérogation à l'article 1359 du Code civil, c'est-à-dire l'impossibilité morale ou matérielle, le cas fortuit ou la force majeure, soient elles-mêmes démontrées.

SOUS-SECTION 2

LES AUTRES MODES DE PREUVE

303. - Témoignage. Le témoignage ou preuve testimoniale est une déclaration effectuée par un tiers sur des faits dont il a eu personnellement connaissance. Longtemps considéré avec faveur, ce mode de preuve est aujourd'hui largement déconsidéré au profit de l'écrit. La réception du témoignage comme mode de preuve, sa force probante, est liée à une conception libre de la preuve mais les juges sont particulièrement prudents dans la réception des témoignages et refusent le plus souvent les témoignages de personnes relatant des faits qu'ils n'ont pas personnellement connus (et qui s'apparentent à une rumeur), sauf pour ce qui est de la preuve par commune renommée. Ainsi, l'article 199 du Code de procédure civile dispose que lorsqu'un témoignage est admissible, le juge peut écouter les tiers pour recevoir « les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement eu connaissance ». La connaissance collective d'un fait, parce qu'elle ressemble trop à la rumeur ou aux ragots, n'est jamais reçue, sauf les hypothèses de notoriété, comme dans le concubinage (concubinage notoire) ou en cas divorce (inconduite notoire d'un époux) ou bien de commune renommée (V. C. civ., art. 451, al. 2). L'article 1381 du Code civil d'ailleurs ne consacre qu'une formule de renvoi : « la valeur probante des déclarations, faites par un tiers (...) est laissée à l'appréciation du juge ».

304. - Présomptions judiciaires. Nous avons déjà rencontré les présomptions, conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu par une certaine autorité, la loi ou un juge. Il s'agit des présomptions légales et des présomptions de fait, encore appelées présomptions du fait de l'homme ou présomptions judiciaires, formule choisie par l'article 1382 du Code civil.

Les présomptions légales sont prévues lorsqu'il apparaît qu'il sera impossible ou très difficile d'apporter une preuve véritable. Ainsi en est-il de la preuve de sa bonne foi ou de la preuve de la propriété d'un meuble. Les *présomptions judiciaires*, en revanche, sont les raisonnements établis par les juges. Quelles qu'elles soient, les présomptions sont les conséquences que la loi ou le juge tirent d'un fait connu à un fait inconnu (C. civ., art. 1349). Il s'agit, donc, d'un *raisonnement probatoire* qui a pour but de déplacer l'objet de la preuve. Il suffit de prouver un fait pour automatiquement en prouver un autre, par présomption. Par exemple, il suffit pour le juge de prouver la possession d'une chose pour que la propriété soit automatiquement reconnue. Il n'y a pas de renversement de la charge de la preuve mais simple déplacement de son objet. Toutefois, l'article 1382 du Code civil prévoit deux limites à la réception des présomptions judiciaires. Elles sont en premier laissées à l'appréciation du juge. Aucune automaticité donc. Elles sont en outre recevables pour autant qu'elles sont « graves, précises et concordantes » et uniquement dans les cas où la preuve est libre.

Parfois, une présomption peut conduire à un renversement de la charge de la preuve. Il en est ainsi de la présomption de bonne foi. Parfois encore, une présomption tend à exclure la preuve ; il s'agit des présomptions irréfragables contre lesquelles il est impossible de prouver. Ainsi, un jugement est irréfragablement présumé dire la vérité ; de même, le possesseur de bonne foi est irréfragablement présumé propriétaire.

305. - L'aveu : n'avoue jamais. Il s'agit de la reconnaissance par une personne de l'exactitude d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques (C. civ., art. 1383). L'*aveu judiciaire* est la déclaration faite en justice, c'est-à-dire devant le juge compétent, de façon écrite ou verbale. Il fait, alors, pleine foi contre celui qui l'a fait, il est irrévocable, ne peut pas être divisé contre son auteur et le juge doit le tenir pour exact même contre un acte sous signature privée (C. civ., art. 1383-2). L'aveu extrajudiciaire est celui qui intervient en dehors de tout litige et sa valeur dépend, là encore, de l'appréciation du juge (C. civ., art. 1383-1).

306. - Le serment. Le serment est un vestige des procédures de l'Ancien droit, empreint des principes de droit canonique. Il s'agit de l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable (C. civ., art. 1384, en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2016). Le serment décisoire – qui décide d'une contestation – est un mode de terminaison d'un procès, pour quelque procès que ce soit et à tout moment (C. civ., art. 1385). Une partie défère un serment à l'autre pour en faire dépendre le jugement. Par exemple, une partie intente un procès à une autre partie sur la base d'un certain fait mais qu'elle ne parvient pas à prouver. Le demandeur propose à l'autre de retirer son action si le défendeur affirme sous serment que le fait sur lequel elle fonde son action est faux ou qu'il n'existe pas (ou vrai selon les cas). S'il le fait (on dit que le défendeur, à qui est *déféré le serment*, effectue une *délation de serment*), le défendeur gagne son procès. Il peut refuser, et le demandeur gagne son procès car on considère qu'il s'agit, par abstention, d'un *aveu tacite*. Il peut s'abstenir et *référer* le serment à celui qui lui a *déféré*, c'est-à-dire poser la même question à celui qui la lui a posée, le mettre au défi de jurer que le fait invoqué est vrai. Si le demandeur prête le serment, il gagne ; s'il refuse, il perd (V. récemment, Cass. 3^e civ., 10 mars 1999 : D. 2001, p. 817, note B. Mallet-Bricout). En toute hypothèse, il ne peut porter que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère (C. civ., art. 1385-1). Le serment supplétoire ou déféré d'office est celui qui est déféré d'office par le juge (C. civ., art. 1386) et permet au juge de compléter son information, par exemple, et est laissé à son appréciation (C. civ., art. 1386).

Bibliographie



1 ♦ OUVRAGES

- P. Catala, *Écriture ou électronique et actes juridiques: Mél. M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 91.
- J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse Toulouse, 1976.
- J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1991, spéc. chap. VII, *Formalisme et preuve*.
- X. Lagarde, *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994.
- I. de Lamberterie, *L'écrit dans la société de l'information: Mél. D. Tallon*, SLC, 1999.
- P. Leclerc, *Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve*, Travaux Assoc. H. Capitant, 1986.
- R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil français, Permanences et transformations*, préf. R. Savatier, LGDJ, 1955.
- Ph. Le Tourneau, *Les contrats informatiques*, Dalloz, 1997.
- A. Ponsard, *Vérité et justice*, in *La vérité et le droit*, Travaux Assoc. H. Capitant, t. XXXVIII, 1989, p. 673.

- A. Prum, *L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance*: *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 255.
- M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Litec, 1999.

2 ♦ ARTICLES

- E. Caprioli, *Preuve et signature numérique dans le commerce électronique*: *Dr. et patrimoine* 1997, n° 55, p. 56.
- P. Catala et alii, *L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil*: *JCP G* 1999, I, 182.
- J. Chevallier, *Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve*: *D.* 1956, chron. p. 37.
- H. Croze, *Informatique, preuve et sécurité*: *D.* 1987, chron. p. 165.
- F. Favennec-Héry, *La date certaine des actes sous seing privé*: *RTD civ.* 1992, p. 1.
- Ch. Féral-Schuhl, *Les relations juridiques entre les acteurs du marché virtuel: les contrats de commerce électronique*: *LPA* 20 janv. 1999, n° 14, p. 21.
- J. Huet, *Formalisme et preuve en informatique et télématique*: *JCP G* 1989, I, 3406; *La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex*: *D.* 1992, chron. p. 3.
- J. Larguier, *La preuve d'un fait négatif*: *RTD civ.* 1953, p. 1.
- Cl. Lucas de Leyssac, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, in *Informatique télématique et preuve*: *LPA* 29 mai 1996, n° 65, p. 3.
- Ph. Théry, *Les finalités du droit de la preuve en droit français*: *Droits* 1996, n° 23.
- M. Vivant, *Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information*: *Lamy Droit de l'informatique* 1999, bull. A, n° 117, p. 1.

Index alphabétique



(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

- Abrogation de la loi, 213.
- Accusatoire (système), 265.
- Acte juridictionnel, 120.
- Acte juridique, 254.
 - authentique, 276.
 - preuve, 274.
 - sous seing privé, 279.
- Action en justice, 115.
- Alsace-Lorraine, 214.
- Analyse économique du droit (AED), 69.
- Annulation (de la loi), 212.
- Appel, 121.
- Arbitrage, 91, 154.
- Aristote, 45.
- Autorité administrative indépendante (AAI), 154.
- Aveu, 305.
- Avis judiciaire, 189.
- Avocats, 107.

B

- Bentham, 54.
- Bien, 233 et s.
- Branche du droit, 225.

C

- Catégorie juridique, 63.
- Choses, 233 et s.
- Circulaire, 153, 188.
- Classifications, 218 et s.
- Code civil, 74 et s.
- Codification, 74, 137.
- Common Law*, 82, 158.
- Compétence, 115.
- Concept juridique, 63.
- Conflit de lois dans l'espace, 214 et s.
- Conflit de lois dans le temps, 200 et s.
 - application immédiate, 204, 210.
 - droits acquis, 204, 210.
 - non-rétroactivité, 208.
- Conseil constitutionnel, 89, 145.
- Conseil des prud'hommes, 98.
- Conseil d'État, 88.
- Constitution, 144.
- Contrat, 254.

Convention collective, 154.
Convention européenne des droits de l'homme, CEDH, 149.
Cour administrative d'appel, 88.
Cour d'appel, 100.
Cour d'assises, 87.
Cour de cassation, 102.
– application de la loi, 126 128.
– organisation, 105.
– pouvoir d'interprétation, 129.
– pouvoir modérateur, 127.
– qualification, 125.

– techniques de cassation, 104.
Cour de justice de la République, 89.
Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) / de l'Union européenne (CJUE), 86, 151.
Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 86, 149.
Cour pénale internationale, 86.
Coutume, 72 168 et s.
– autorité, 172.
– définition, 169.
– usages, 169.

D

Décisionnisme, 59.
Déclin du droit, 70.
Décrets, 141.
De Gaulle, 79.
Départements et territoires d'outre-mer, 214.
Dilemme du prisonnier, 48.
Doctrines, 177 et s.
Doctrines administratives, 153.
Droit:
– définition, 4, 12 et s.
– description, 9 et s., 41.
– discours sur le droit, 21.
Droit civil, 225.
Droit commercial, 226.
Droit commun, 225.
Droit communautaire/ de l'Union européenne, 154 et s.
– conformité de la loi, 152.
– décisions, 151.
– directive, 151.

– effet direct, 152.
– primauté, 153.
– règlement européen, 151.
Droit comparé, 82.
Droit de la sécurité sociale, 223.
Droit fiscal, 222.
Droit international privé, 215.
Droit naturel, 45 et s.
Droit objectif, 9.
Droit pénal, 223, 226.
Droit privé, 224.
Droit processuel, 226.
Droit public, 219.
Droit romain, 71.
Droit social, 226.
Droit subjectif, 14, 15 et s., 242 et s.
Droits extrapatrimoniaux, 247.
Droits patrimoniaux, 248.
– droit personnel, 253.
– droit réel, 249.

E

Économie, 69.
Exception d'inconstitutionnalité, 146.

Exception d'inconventionnalité, 152.
Exégèse, 193 et s.

F-G

Faits juridiques, 256.
Formalisme, 254.

Gény, 195 et s.

Habermas (Jurgen), 61.
Hart (H.L.A), 59.
Haute Cour de justice, 89.
Hegel, 51.

Immeubles, 238.
Inflation (du droit), 17.
Inquisitoire (système), 265.

Jhering, 55.
Jugement, 115.
Juridictions administratives, 88.
Juridictions civiles, 87, 80 et s.
Juridictions pénales, 87.
Jurisprudence, 156 et s.
– arrêt de règlement, 160.

Kant, 51.

Langage juridique, 63.
Législation, 137.
Libéralisme, 48, 52, 79.
Libertés publiques, 221.
Locke, 47.
Logique, 63.
– Lumières, 47 et s.
– raisonnements juridiques, 195.
Loi, 136 et s.
– de finances, 140.
– de programme, 140.

Magistrats, 106.
Meubles, 235.

H

Hiérarchie des normes, 180.
Histoire du droit, 68, 70 et s.
Hobbes, 47.
Hume, 48.

I

Institution juridique, 63.
Interprétation, 191 et s.
– maximes d'interprétation, 194.

J

– arrêts de principe, 161.
– définition, 156.
– déni de justice, 162.
– motivation enrichie, 164.
– nature, 157.
– obligation de motiver, 163.
Justice, 42.

K

Kelsen, 57, 167, 180 et s.

L

– d'orientation, 140.
– élaboration, 138.
– entrée en vigueur, 201.
– impérative, 34.
– non normative, 36.
– ordinaire, 139.
– organique, 140.
– promulgation, 201.
– publication, 201.
– supplétive, 34.

M

Modes alternatifs de règlement
des litiges, 84, 90.

Non-droit, 16.
Normativisme, 57, 167, 180 et s.

Obligation, 254.
Ordre juridictionnel, 85 et s.
– administratif, 88.

Patrimoine, 243.
Personne humaine, 231.
Personnes morales, 236.
Personnes physiques, 228.
Phénoménologie, 19
Philosophie du droit, 43 et s., 66.
Platon, 45.
Positivisme nostalgique, 56.
Positivismes, 53 et s.
Pourvoi en cassation, 100.
Pratique juridique, 169.
Présomptions, 269.
Preuve, 258 et s.
– charge de la preuve, 265.
– liberté de la preuve, 296.

Raisonnement juridique
(motivation), 164.
Rawls (John), 50.
Réalisme juridique, 59.
Référé, 73.
Référé législatif, 187.
Règle de droit:
– caractère, 26.
– définition, 12 et s.
Règlement administratif, 141.
Règlement autonome, 141.
Réglementation, 137.

Sanction, 19, 32, 123.
Serment, 306.

N

Nul n'est censé ignorer la loi, 203.

O

– constitutionnel, 89.
– judiciaire, 87.
– ordre juridique, 63.

P-Q

Preuve littérale (écrit), 274 et s.
– authentique, 276.
– commencement de preuve
par écrit, 300.
– copie, 301.
– impossibilité, 302.
– préconstitution, 296 et s.
– signature, 282.
– sous seing privé, 279.
Principes généraux du droit, 176.
Procès, 83 et s.
Progrès du droit, 70.
Propriété, 251.
Question prioritaire
de constitutionnalité, 89, 146.

R

– de droit privé, 154.
Régulation, 137.
Religion, 38.
Réponse ministérielle, 189.
Requête, 93.
Rescrit, 189.
Responsabilité, 257.
Revirement de jurisprudence, 161,
204.
Ripert (Georges), 56.
Rousseau (Jean-Jacques), 49.

S

Smith (Adam), 48.
Sociological Jurisprudence, 59.

Sociologie juridique, 67.
Soft Law, 154.
Sources du droit, 130 et s.
Sources privées, 154.

Standard juridique, 32, 63, 173.
Summa divisio, 216.
Syllogisme juridique, 164, 212.

T

Témoignage, 303.
Théorie du droit, 66.
Théorie générale du droit, 63.
Théorie réaliste de l'interprétation (TRI), 59, 190, 197.
Traité internationaux, 148.
Tribunal administratif, 88.
Tribunal correctionnel, 87.
Tribunal de commerce, 97.

Tribunal judiciaire, 95.
Tribunal de police, 97.
Tribunal des affaires de sécurité sociale, ■■■99■■■.
Tribunal des conflits, 85.
Tribunal d'instance, 96.
Tribunal paritaire des baux ruraux, 99.
Troper (Michel), 59.

U-V

Universaux (querelle), 45.
Usages, 169, 173.

Voies de recours, 100.



TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	VII
Avant-propos	XIII
Introduction.....	1

Partie 1

L'existence et la définition du droit

Chapitre 1 ♦ La règle de droit, la norme juridique.....	19
Section 1 ♦ La définition de la règle de droit	20
§ 1. – Domaine de la règle de droit	22
§ 2. – Détermination de la règle de droit.....	28
§ 3. – Caractères de la norme juridique.....	39
A - La règle de droit est impersonnelle et générale.....	39
B - La règle de droit est obligatoire	45
Section 2 ♦ La « science » (ou conscience) du droit	51
§ 1. – Les fondements du droit.....	52
A - Le problème du droit et de la Justice	52
B - Les droits naturels et les positivismes	56
C - Synthèse des fondements discutables.....	76
§ 2. – La connaissance du droit	78
A - Le présupposé de la logique et la connaissance de l'expérience du droit.....	78
B - Les sciences voisines du droit.....	82

Section 3 ♦ L'évolution du droit.....	86
§ 1. – L'évolution du droit (français) dans le temps	86
§ 2. – L'évolution du droit dans l'espace.....	99
Bibliographie	100
Chapitre 2 ♦ Le procès.....	105
Section 1 ♦ Les ordres juridictionnels	108
§ 1. – L'ordre judiciaire.....	109
§ 2. – L'ordre administratif	109
Section 2 ♦ Les différentes juridictions civiles	110
§ 1. – Les juridictions du premier et du second degré	111
A - Les juridictions du premier degré.....	112
B - La juridiction du second degré : la cour d'appel	113
§ 2. – La Cour de cassation	114
A - Le rôle de la Cour de cassation	114
B - L'organisation de la Cour de cassation	115
§ 3. – Le personnel judiciaire.....	116
Section 3 ♦ Le déroulement d'un procès civil.....	118
§ 1. – Les principes directeurs du procès civil	118
A - Le principe dispositif.....	119
B - Le principe du contradictoire	119
§ 2. – Le procès civil.....	119
A - L'action	119
B - L'instance	121
§ 3. – Les voies de recours.....	122
Section 4 ♦ Le procès et la production des normes de source jurisprudentielle	122
§ 1. – Le procès, et l'application de la règle au cas concret ...	123
§ 2. – Le procès et l'interprétation de la norme juridique....	127
Bibliographie	128

Partie 2

Les sources du droit et des normes juridiques

Chapitre 1 ♦ Inventaire des sources du droit	131
Section 1 ♦ Les sources « légales »	133
§ 1. – La loi.....	134
§ 2. – Les autres sources légales	140
Bibliographie	150
Section 2 ♦ Les sources non légales	151
§ 1. – La jurisprudence	151
A - Technique	155
B - Politique.....	162

§ 2. – La coutume, les usages, la pratique	163
A - La définition du droit coutumier	163
B - L'autorité du droit coutumier.....	167
§ 3. – Les principes généraux.....	168
§ 4. – La doctrine.....	171
Bibliographie	175
Section 3 ♦ Pluralité, hiérarchie et valeurs des normes.....	177
§ 1. – Pluralité et hiérarchie des normes	177
§ 2. – Conflits de normes	182
Bibliographie	185
Chapitre 2 ♦ L'interprétation des normes juridiques.....	187
Section 1 ♦ Les autorités en charge de l'interprétation des normes juridiques	188
Bibliographie	190
Section 2 ♦ Les méthodes d'interprétation des normes juridiques	190
§ 1. – L'interprétation, fonction de la connaissance de la norme interprétée	192
§ 2. – L'interprétation, fonction de la volonté de l'interprète.....	198
Bibliographie	201
Chapitre 3 ♦ L'application des normes juridiques.....	203
Section 1 ♦ L'application de la norme juridique dans le temps.....	203
§ 1. – L'entrée en vigueur de la norme juridique.....	203
A - Le processus d'entrée en vigueur de la norme juridique.....	203
B - Les conséquences de l'entrée en vigueur de la norme juridique.....	204
§ 2. – La disparition de la norme juridique	211
Bibliographie	212
Section 2 ♦ L'application de la norme juridique dans l'espace	213
Bibliographie	215

Partie annexe

Principales institutions juridiques, classifications et droits subjectifs

Chapitre 1 ♦ Quelques classifications en droit.....	221
Bibliographie	229

Chapitre 2 ♦ Une distinction majeure : les sujets et les objets de droit	231
Section 1 ♦ Les personnes : les sujets de droit	231
Sous-section 1 ♦ Les personnes physiques	231
Une distinction majeure : les sujets et les objets de droit....	231
Sous-section 2 ♦ Les personnes morales.....	234
Section 2 ♦ Les choses : l'objet des droits.....	235
Sous-section 1 ♦ La distinction des biens meubles et immeubles.....	235
§ 1. – Les meubles	236
§ 2. – Les immeubles	236
Sous-section 2 ♦ Les autres distinctions des choses.....	237
Bibliographie	238
Chapitre 3 ♦ Les principaux droits subjectifs.....	239
Section 1 ♦ Le critère : le patrimoine	239
Section 2 ♦ Le résultat : les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux	241
Sous-section 1 ♦ Les droits extrapatrimoniaux.....	241
Sous-section 2 ♦ Les droits patrimoniaux.....	242
Bibliographie	248
Chapitre 4 ♦ La preuve des droits subjectifs	251
Section 1 ♦ La charge de la preuve.....	254
Sous-section 1 ♦ Le principe de la charge de la preuve	255
Sous-section 2 ♦ Les exceptions : les présomptions légales ...	256
Section 2 ♦ Les modes de preuve	257
Sous-section 1 ♦ La preuve littérale	258
§ 1. – Les différents modes de preuve littérale	258
A - Les formes principales d'écrit.....	258
B - Les autres écrits	265
§ 2. – Preuve par tout moyen et obligation de préconstituer la preuve littérale	267
Sous-section 2 ♦ Les autres modes de preuve.....	270
Index alphabétique	273

Suivi éditorial : Manuella Guillot
Photocomposition Nord Compo Multimédia
59650 Villeneuve d'Ascq