

Introduction au droit :

Quel est le but de cette introduction ? Qu'est-ce que le droit ? Evoque une série de personnages, juges, huissier, percepteur. Evoque des symboles, balance, glaive, chêne. Evoque des concepts, justice, égalité, liberté.

Comment définir le droit ? Définir son essence. Nous ne pourrions pas donner une telle définition. Il est impossible dans l'absolu de définir le droit.

Qu'est-ce qui est juste ? Vérifier si c'est conforme à un ensemble de règles données.

Exemple : L'affaire Humbert, est-ce une solution de droit ? Elle paraît injuste donc ce n'est pas une question juridique car le droit est juste.

Donc une définition de droit est impossible.

Son étude et sa connaissance sont possibles. Est-il nécessaire de définir la musique pour l'étudier ? L'étude du droit suppose l'acquisition de connaissance et de technique particulière. Découvrir des notions élémentaires.

Le droit peut être un art ou une science, le phénomène juridique est historique. Cela peut sembler paradoxale. L'enjeu est son adaptation aux exigences de la société. Toute solution juridique tire sa valeur de son inscription dans le temps. Le but du droit est d'aménager les rapports entre les individus dans une société et nécessite une prévisibilité des solutions. Plus la règle s'inscrit dans la durée plus la sécurité juridique s'accroît.

« 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. REPAIR

La durée du droit augmente sa légitimité sociale.

A suivre tel ou tel règle nous la disons juste. Le code civil date de 1815, un grand nombre de dispositions sont demeurés inchangés. Napoléon c'est de l'histoire mais son code c'est du présent. L'élaboration du droit se fait toujours par le droit ancien (Raisons historiques).

Les raisons qui amènent les règles de droit existe-elles encore aujourd'hui ? La connaissance du passé n'est pas une fin en soi. Le droit est tout entier tourné vers le présent. La connaissance juridique doit permettre de répondre à des questions contemporaines.

Le point de départ de l'étude du droit est toujours le présent. Le droit positif se constitue de l'ensemble des règles juridiques applicables. Un cours prendra normalement le droit positif.

Connaître le droit positif n'est rien sans la connaissance du droit. Une règle de droit est sans valeur si on n'en discerne pas les exemples pratiques. Il faut donner un sens à la règle de droit. Il faut être capable de hiérarchiser les règles. Il n'y a pas de système juridique. Il faut interpréter la règle de droit.

#### I) Le droit comme ensemble juridique

La règle de droit : Une règle de droit est une règle de conduite sociale dont le respect est assuré par l'autorité publique. On parle aussi de norme juridique. La norme juridique est un amendement, elle ordonne, elle habilite, elle permet.

La norme juridique nous permet d'appréhender l'auteur d'un délit. Toute norme n'est pas une norme juridique. (Ex : Religion, politesse ...)

Pour que nous soyons en présence d'une norme juridique il faut que la violation de la règle entraîne une contrainte socialement organisée.

Le propre de la règle de droit est son caractère obligatoire. Seul l'état possède le pouvoir et la légitimité pour organiser la contrainte sociale. Ensemble de règles qui se constitue par référence à l'état. La société ce sont les individus, les citoyens. Ils sont les destinataires.

Envisagé du point de vue de leur organisation, en tant qu'objet du point de vue étatique forme ce que l'on appelle le droit objectif. Elles sont vues du point de vue des individus.

1) l'organisation des règles autour de l'état (le droit)

En France depuis 1804, les règles juridiques se caractérisent par leurs règles étatiques. Le caractère juridique d'une règle peut se déduire de la forme (procédure / origine) qu'elle empreinte.

S'interroger revient à traiter les sources du droit. Les règles juridique viennent de l'état mais pas seulement. La production normative vient aujourd'hui bouleverser les sources du droit.

La théorie classique des sources du droit : Le cadre étatique.

Le droit régie deux types de rapports, entre les individus et entre les individus et l'état. Sphère privée et publique. Il fixe les règles d'organisation de la sphère privée et publique.

1) le droit privé :

Les notions : Du droit privé au droit civil.

La distinction du droit privé et public est très ancienne, elle vient du droit romain.

Privé -> Concerne les intérêts des particuliers, se déploie dans différentes sphères, commercial, consommation.

Seul l'introduction au droit civil présente une utilité pour l'étude du droit privé.

Plusieurs explications du droit civil :

-Réglemente les rapports de famille et patrimoniaux qui se forme entre les individus, abstraction faite de l'exercice par les sujets de droit de tel profession ou de leur statut sociale.

Le droit civil se distingue donc des autres branches du droit privé qui ont leurs sources dans le code du commerce ... Le droit civil est le droit privé général ou commun. Le droit civil est le droit propre à chaque cité. Dimension nationale du mot.

Etymologie du mot civil renvoie à la vie de la citée, dimension politique, 'civilisé'.

On comprend bien lorsqu'à un moment de l'histoire il a fallu unifier.

L'expression droit civil désigne actuellement le droit privé moderne. Le droit civil constitue donc le droit privé général. C'est un corps de règle qui s'attribue à tous les rapports. C'est un droit de référence, c'est un model. En d'autres termes, le droit privé n'a d'intérêt que de se distinguer du droit public. Le droit civil a pour particularité d'être codifié. Le code civil c'est la loi.

On ne peut comprendre l'importance qu'en dressant un historique de la codification.

I) Identification historique des droits civils.

1) L'héritage romain.

*(Lorsque l'ont mentionne le nom et prénom de l'auteur c'est que celui-ci est mort)*

Nous devons beaucoup au droit romain pour le droit français positif et au droit européen futur. En certaines occasions notre organisation étatique est régie par le droit romain (« Pater is est »).

Transposition de règles romaniste.

Par exemple définition de l'obligation juridique : c'est un bien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elle (le débiteur) est tenu envers l'autre (le créancier) d'exécuter une prestation.

Cette définition n'a pas variée depuis 2000 ans. L'héritage romain doit s'évoquer par la loi des 12 tables. Elle permet au citoyen romain d'agir en justice dans un certain nombre de cas énumérés par ce texte. Elle reconnaît au citoyen romain certain droit en lui permettant d'engager une procédure. Le lien est fait entre l'action en justice et le droit ( le droit et l'action).

On doit au droit romain un mode particulier de développement du droit, élaboré par le magistrat (le préteur).

On désigne droit prétorien, les solutions dégagées par les tribunaux, c'est la jurisprudence. 'Corpus iuris civilis (le corps de droit civil) : le code civil est un ouvrage fondamental pour la compréhension du droit.

La redécouverte de ce corpus permettras une étude plus savante du droit.

## 2) L'ancien droit français.

Ce que l'ont nomme ancien droit français c'est le droit appliqué jusqu'à la fin de l'ancien régime (1789). Les caractères couvrent la période du 5 ème au 18 ème siècle.

Deux tendances :

-Diversité du droit : (pays du droit écrit et pays de coutumes). Les pays de droit écrit qui appliquent encore le droit romain (Sud).

-Pays de coutumes (Nord), morcelés, différents, variable. Sur un territoire donné, un individu est soumis à des droits d'origine et de contenu différents.

Tendance à l'ancien droit à la diversité.

## 2) L'unité

L'unité scientifique, depuis la fin du 11 ème siècle, un certain nombre de courant s'efforce de mettre en ordre le droit de leur époque. A partir du 12 ème, renaissance du droit romain, facteur d'unité qui dégage un droit commun aux différents pays d'Europe. Ce droit romain prend alors le nom de droit civil.

Il faut aussi évoquer le droit canonique qui est un facteur important dans l'ancien droit. Il est un droit d'origine savante, penser avant son implication.

A l'époque, le droit canonique à un champ d'application considérable. (Autorité de l'église est totale et incontesté) (ex : le mariage, le testament, la filiation).

L'église cherche à accroître son influence par le biais du droit :

-particularité procédural : le droit canonique va s'approprier les domaines.

-La réflexion, la rationalisation du droit, œuvre savante des canonistes. « corpus iuris canonis »

Autre facteur d'unité, la doctrine des auteurs coutumiers. Cette doctrine constitue un apport essentiel à l'unification du droit. Etude des coutumes, œuvre des grands civils. (Jean Domat 17 ème 1625 – 1695 « traité des lois et lois civils dans leur ordre naturel »)

Les lois civiles c'est le droit romain. Le droit naturel est un mouvement de la pensée juridique qui est l'un des plus importants pour l'évocation du droit civil à nous.

Programme du droit naturel, de la nature et des gens a pour ambition de fonder un système de droit en raison. Cohérence et érudition de ces auteurs donc très rationnel.  
C'est une structure du droit romain.

Robert Joseph POTHIER, grand civiliste du 18<sup>ème</sup>, auteur de traités de droit civil, s'impose comme une source majeure de la codification. L'ancien droit se caractérise aussi par l'unité politique. Le droit fabriqué pour tous par ceux au pouvoir. Renaissance du droit public, droit qui réglemente le statut de la chose publique, « res publica », la république.

Il s'agit de mettre en ordre le droit afin d'accroître l'autorité du prince. S'approprier le droit savant et son mode de production ce qui permet de justifier les lois royales. L'enseignement du droit devient un mode de construction de l'état. Le roi peut alors légitimement s'assurer une emprise sur les matières de droit privé. (Ex : Colbert et la procédure civile)

Conclusion : A la veille de la révolution, on peut parler de droit français mais c'est un droit variable traverser ça et là et qui connaît des facteurs d'unification.

Le période révolutionnaire introduit une rupture, l'idéal philosophique ...

La révolution verra naître rapidement un droit unifié qui préfigure le droit contemporain.

### 3) La formation du droit contemporain.

Au lendemain de 1789, commence la période de droit intermédiaire entre le droit ancien et le droit moderne. Le droit moderne c'est le droit dans sa forme contemporaine.

De juin 1789 jusqu'au 30 ventose an 12 (21 mars 1804), jour de la promulgation du code civil.

Contrairement à ce que l'expression droit intermédiaire laisse suggéré, c'est un droit fondateur qui donne la tonalité des principes politiques. (Liberté individuel, propriété individuelle, égalité des personnes, égalités des terres). Ceci forme un idéal. Sur le plan juridique une partie de l'idéal révolutionnaire a survécu à la terre.

Droit instrument de la violence étatique. Il faut retenir que l'unification du droit civil par la codification est une part essentiel du programme révolutionnaire. Ce projet se traduit par 3 projets de code civil, deux sous la convention et un sous le directoire.

Cela échoue mais fixe l'unification du droit, l'objectif à atteindre. Cet idéal fut réalisé sous le consulat.

#### B) Le code civil.

Codifier signifie élaborer un recueil de législation unique pour tout un pays mais aussi pour toute une partie du droit. Droit conçu en raisons, code compréhensible par tous, simple comme la nature. Cette vision du droit n'est pas tout à fait absente mais elle n'est qu'un aspect de la matière juridique que contient ce code.

Elle est une synthèse de la science juridique acquise au cour des siècles passés. Ce n'est pas un code révolutionnaire. Le code civil est un instrument pour rétablir l'ordre.

Le code civil émerge d'une procédure complexe appelé « travaux préparatoire » réalisé par une commission nommée par le premier consul (Napoléon).

Membre de la commission : Tronchet, Bigot de Preaneneu, Maleville, Portalis.

Un premier projet dis de l'an 8 est élaboré. Il diffère du code civil actuel car il contenait un livre préliminaire, les assises du code.

De ce livre il reste cependant un titre préliminaire. Pas de droit naturel, pas de coutume, pas de référence à l'équité. Une série de 36 lois est voté réuni en une, c'est la loi du 30 ventose, loi du 21 mars 1804 contenant la réunion des lois civils en un seul corps de loi sous le titre de code civil des Français.

Vision étatique du droit.

Carbonnier : « le Code civil est le monument central vers lequel le civiliste est sans cesse ramené ».

Le code civil c'est un titre préliminaire et trois lignes, 6 articles qui parlent essentiellement de la loi.

1 ère ligne : Les personnes

2 ème ligne : Les bien

3 ème ligne : Les différentes manière dont on acquière la propriété.

On a retenu les deux lignes du droit romain. La troisième c'est la plus vaste, hétérogène (succession, donation, testament, obligation, contrat, régime patrimoniaux). Les privilèges et hypothèque et les règles de la prescription.

Source d'influence du code civil :

-droit commun

-droit canonique

-coutume

-ordonnance royale

-droit intermédiaire

La matière du code civil vient du passé. C'est un ouvrage de synthèse et de compromis qui vient de l'ordre établi, critiqué par les marxistes.

Projet de société juridique organisé autour de certaines valeurs, liberté, égalité, volonté de l'homme.

Le code symbolise un changement radical de perception de la matière juridique parce qu'avec la codification l'assimilation du droit se fait presque de manière automatique.

Ainsi la codification instaure une certaine conception des sources du droit privé.

II) les sources du droit privé.

Source principal du droit privé : La loi est au cœur du système juridique. On en vient presque à confondre la loi et le droit.

A) La loi.

1) Caractère et définition de la loi.

La loi est une décision qui émane d'un organe étatique détenteur du pouvoir législatif, le pouvoir le plus élevé.

La théorie générale de la loi relève du droit civil car techniquement les rédacteurs du code civil ont traité de la loi dans le titre préliminaire.

Le code civil est symbole du légalisme en France depuis 1804. Le légalisme c'est la primauté de la loi parmi les sources du droit. La loi se caractérise par trois éléments, son origine, sa force obligatoire, sa généralité.

a) l'origine de la loi : la loi émane de l'autorité public. La loi est une règle proposé par le détenteur du pouvoir exécutif ou par un membre du parlement et voté par le parlement (le législatif)

Parlement : assemblée + sénat

Distinction entre la loi et les règlements :

La constitution fixe les pouvoirs du parlement, elle prévoit dans l'article 34 : « le parlement est chargé de fixer les règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralité »

Ce texte prévoit que le parlement a pour mission de définir les principes fondamentaux des droits réels et des obligations civiles et commerciales.

D'autre part dans l'art 37, la constitution indique que dans les matières autres que celles réservés au parlement les règles sont édictés par le gouvernement en dehors des assemblés. On appelle ces règles, des règlements.

On suppose les deux catégories de textes, elles ont une force égale

Loi :

-loi stricto sensu (parlement)

-Règlement (gouvernement)

Règlement :

-Règlement autonomes : à la place de la loi (Loco legis)

-Règlement administratif : du pouvoir réglementaire, subordonné à la loi.

B) La loi est une règle de droit obligatoire : la loi s'impose à tous.

La sanction constitue la forme juridique de la contrainte sociale.

Qu'est-ce qu'une obligation sans sanction ? Pas grand-chose.

La force obligatoire des lois connaît des degrés divers. Il faut distinguer les lois impératives et les supplétives.

Les lois impératives sont de l'ordre public, les sujets ne peuvent y déroger.

La loi, supplétive ne s'impose à l'individu que s'ils n'ont pas entendu / écarté son implication à une situation juridique.

C'est une loi qui s'applique par défaut.

La loi supplétive vient qu'elle fixe une possibilité vraisemblable. Elle correspond à des usages ou des solutions de bons sens.

Ex : art 212 du code civil : « les époux ... »

Le code du travail est dans l'ensemble supplétif, plus favorable au salarié.

Ex : art 6 du code civil : « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Il semble que dans cet article, l'ordre public est une notion variable. La force des lois est donc variable.

c) La loi est d'application générale.

La loi ne désigne aucun individu en particulier mais tous en générale. La loi a vocation à régir toutes les situations qui pénètrent dans son champ d'application.

Toutefois toutes les lois ne possèdent pas un champ d'application identique.

Distinction entre les lois générales et les lois spéciales.

On les classe selon la matière qu'elles régissent. Le contrat de vente et le contrat de travail sont réglementés par des lois spéciales mais elles obéissent à des lois générales.

Ex : Soumis à l'art 6 : « on ne peut déroger ... »

Le contrat de travail relève d'une branche de droit spécialisé. L'ensemble normatif élaboré.

Si la loi générale a le champ d'application le plus vaste son contenu est le plus vague. A l'inverse par adoption d'une loi spécial, le législateur accorde son attention à un domaine plus resserré, elle est plus précise, plus énergique et parfois déroge à la loi général.

Ex : Principe d'égalité du service public

Cette distinction est importante dans l'hypothèse d'une contradiction de textes. Il faudra alors déterminer lequel constitue le droit spécial, lequel général.

On applique une règle d'interprétation (*Spécialia generalibus derogant*). Cela signifie que la loi spéciale est préférée pour régir la situation juridique de l'espèce.

Ex : Contrat de prêt d'argent :

La loi générale n'impose que la remise des fonds

Offre préalable de crédit qui doit être remise à l'emprunteur, délai légal.

Cette règle connaît un corollaire.

Les exceptions sont d'interprétation stricte, on écartera la loi général ou le droit commun que dans le domaine strictement délimité de la loi spécial.

Le caractère général de la loi est relatif. On préfère parler de son caractère abstrait plutôt que de généralité. La règle de droit ne régit pas de ces individuelles.

## 2) L'application de la loi :

La loi est obligatoire de manière permanente, durant le temps où elle est en vigueur.

Naissance : entrée en vigueur

Mort : Abrogation

### a) La durée de vie de la loi.

Elle se situe entre son entrée en vigueur et son abrogation.

L'entrée en vigueur :

Il est un peu court de dire que la loi émane du parlement seul organe doté de la compétence législative. D'autres autorités vont intervenir dans le processus d'entrée en vigueur de la loi.

*Projet de loi émane du parlement*

*Proposition de loi émane du gouvernement*

La procédure d'entrée en vigueur connaît deux étapes :

-La promulgation : c'est l'acte par lequel le président de la république atteste l'existence de la loi et donne l'ordre de l'exécuter.

C'est pourquoi on trouve toujours une formule fixée par décret : « L'assemblée nationale et le Sénat ont adopté ... »

La date de la promulgation constitue la date de la loi.

-La publication : c'est l'acte par lequel le texte est mis à disposition du public. La loi est publiée dans le Journal Officiel de la République Française.

C'est cette publication qui donne la légitimité de cet maxime : « nul n'est censé ignorer la loi ».

Vous êtes supposé ne pas ignorer l'existence de la loi. Ce la signifie que l'on ne peut exiger l'erreur de droit.

A quel moment précis la loi entre en vigueur ? Le principe est fixé par l'art 1 du code civil.

Entre en vigueur à la date qu'elle fixe elle-même ou le lendemain (texte réformé en 2004). Avant la date différait à Paris et en province. La situation est donc simplifiée par l'évolution technologique. L'édition du journal officiel électronique abolit les distinctions géographiques. La publication est rendue possible par la mise en ligne. Il convient de souligner l'opportunité de la liberté qui est laissée au législateur parce que le temps est laissé aux praticiens d'envisager.

L'abrogation : c'est l'abolition de la loi pour l'avenir. Elle se réalise toujours par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle qui chasse l'ancienne.

Elle peut prendre deux formes :

-Abrogation expresse : une loi contient une disposition qui déclare formellement abroger les dispositions antérieures, elle est alors précisée.

-Abrogation tacite ou implicite

Lorsqu'une loi nouvelle se trouve incompatible avec la loi ancienne. Elle n'opère que dans la mesure du strict minimum. Seuls les effets inconciliables permettent de parler d'abrogation tacite (art 222-37).

Il est très difficile de déterminer avec précision la conciliation. La science juridique nous fournit une possibilité de solutions. En cas de contradiction avec la loi générale, la loi spéciale prévaut dans son champ particulier.

Art 16-1 et art 16-3

On utilise aussi un raisonnement inverse.

A une loi spéciale il est n'est pas déroger par une loi générale plus récente. Notion très relative. Seul l'abrogation tacite ou expresse permet de parler de mort de la loi. On ne peut parler de mort de la loi lorsqu'elle tombe en désuétude (inapplication prolongée de la loi, c'est-à-dire que l'application de la loi se trouve mise en défaut par une pratique contraire).

Ex : en 1848, interdiction du marchandage

En droit la désuétude n'a pas pour effet d'abroger la loi.

b) L'application de la loi dans le temps.

Position du problème : Une loi nouvelle succède à une loi ancienne. A quel moment passe-t-on du droit ancien au droit nouveau ? A son entrée en vigueur.

On doit affirmer que le champ d'application de la loi ancienne s'étend jusqu'au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

L'article 2 du code civil apporte une solution : « La loi se dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

Cette solution simple est apparence.

Ex : Contrat de baux du 22 décembre 2005

Une loi nouvelle (mars 2006) prévoit que les contrats de baux doivent être passés devant notaire sinon nullité du contrat.

On parle de conflits de loi dans le temps.

NB : Il n'est pas certain que le terme conflit soit approprié parce que l'idée d'un conflit suppose une conséquence entre des lois actuellement existantes et susceptibles de régir une même situation de fait.

Néanmoins l'expression conflit de loi est conservée.

Les principes de solution des conflits de loi dans le temps passent par une analyse posé par l'article 2 du code civil et il faut également analysé la porté.

Le principe posé par l'article 2 : la non rétroactivité de la loi.

Par l'article 2 la loi fixe elle-même son propre champs d'application temporelle. Du point de vue de l'application de la loi le principe de non rétroactivité apparaît comme la conséquence logique des mécanismes qui régissent l'entrée en vigueur de la loi.

Avant son entré en vigueur la loi n'est rien.

Du point de vue des sources on peut considérer que le principe de non rétroactivité ne s'applique qu'au juge et pas au législateur.

Ainsi le juge saisi d'une loi nouvelle doit l'appliquer de manière non rétroactive.

Ce juge face au litige qui lui est soumis peut hésiter sur le droit applicable. Il faut et il doit trancher un potentiel conflit de loi.

Le juge a, a disposition deux théories :

-théorie classique : elle repose sur une distinction, les droits acquis et les expectatives.

Le principe de non rétroactivité signifie qu'une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux droits acquis.

Le juge est tenu d'appliquer la loi nouvelle de façon à ce que soit préserver les droits acquis.

Le juge n'a pas à se préoccuper des expectatives.

Le problème n'est plus de chercher les champs d'application de la loi ancienne et nouvelle. Il s'agit plutôt de savoir de quoi est composé la catégorie des droits acquis par rapport aux expectatives.

Le droit acquis est celui qui est entré dans le patrimoine d'un sujet de droit et que les tiers ne pourraient soustraire de ce patrimoine.

Ex : Le créancier

Une créance se défini comme un droit qui figure à l'actif du créancier.

Si je vous ai prêté 100 000 €, je dispose d'un droit de créance garantie par l'ensemble de vos biens. Je possède un droit acquis mais également un droit acquis à la restitution des fonds. Peu importe qu'une loi vienne modifier le taux légal et peu importe que je ne puisse exiger immédiatement payement. Une créance à terme figure à l'actif.

A l'inverse une expectative ou une attente ne constitue pas un droit. Je ne saurais le faire valoir juridiquement.

Le résultat peut être anéanti ou modifié par l'action d'un tiers.

Ex ; Héritage d'un oncle, c'est une attente. Il suffit d'un acte pour que se soit anéanti (ex : un enfant).

La loi nouvelle qui modifierait les règles de la dévolution successorale s'appliquerait pleinement et ruinerait mon expectative.

Les droits acquis sont les droits munis d'actions, c'est-à-dire les droits protégés par l'action en justice. Il ne tiendrait qu'au titulaire de ce droit d'entamer une action en justice pour faire valoir ce droit. Le droit muni d'action est un droit acquis. A l'inverse l'expectative ou une attente ne peut être judiciairement protégé.

Néanmoins cette théorie est surtout applicable au droit patrimonial.

- 3) La théorie moderne est du à un acteur Paul ROUBIER. Cette théorie s'articule sur une distinction : distinguer l'effet immédiat de la loi de l'effet non rétroactif.

Cette théorie s'articule sur une distinction : distinguer l'effet immédiat de la loi de l'effet non rétroactif.

Art 2 contiendrait deux directives à l'intention du juge :

-La loi est d'application immédiate, elle saisit toutes les situations qui pénètrent dans son champ d'application. Elle s'applique immédiatement même si la situation préexistait.

Ex : Le mariage se dissout par la mort des époux

-La loi n'a pas d'effet rétroactif, la loi nouvelle ne peut revenir sur les conséquences passées et juridiquement valables produites par une situation juridique néanmoins soumise à la loi nouvelle.

Elle ne peut détricoter le passé.

B) La portée de la règle portée par l'article 2 :

Une loi peut revenir sur ce qu'elle a dit. L'article 2 est une loi ordinaire. Il arrive donc que le principe de non rétroactivité a des exceptions (par réaction à une décision d'un juge).

Il y a des lois expressément rétroactives, il y en a aussi qui le sont par nature ce sont les lois interprétatives.

Deuxième types d'exception de l'application de non rétroactivité de la loi : les lois interprétatives, c'est une loi dont l'objet est de préciser le sens et la portée d'une loi déjà en vigueur. Il s'agit pour le législateur de trancher certaines difficultés d'interprétation d'un texte en vigueur. Les lois interprétatives sont essentiellement rares. On considère qu'elles font corps avec le texte qu'elles ont vocation à interpréter, on peut dire qu'elles sont implicitement rétroactives.

On interprète la loi déjà en vigueur en considération de la loi nouvelle comme si cela figurait déjà dans le corps de la loi déjà en vigueur.

Ex : Toute promesse de vente d'un immeuble doit être enregistrée sous peine de ... (2004). En 2006 le législateur précise qu'on entend par vente les sessions de droits sociaux de parts.

On a étendu le champ d'application de la loi, sous couvert de la loi interprétative, il arrive que le législateur modifie de manière rétroactive la loi.

On peut considérer que le législateur abuse de sa liberté. Toute loi serait toujours rétroactive. Lorsque rien n'indique au juge qu'il s'agit d'une loi rétroactive il doit appliquer l'article 2 et appliquer la loi de manière non rétroactive.

Les tempéraments à l'application du principe de non rétroactivité amènent à considérer ce qu'on appelle les droits transitoires. Il arrive que le législateur insère dans la loi nouvelle un certain nombre de dispositions qui ont pour but l'application dans le temps de la loi nouvelle. Le but est de faciliter le passage de la loi déjà en vigueur à la loi nouvelle.

Ex : Combinaison de la loi ancienne et de la loi nouvelle :

Passage du franc à l'euro.

Report de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, elle peut offrir une option entre le droit ancien et le droit nouveau.

*NB : Pour écrire ce que dit la loi on dit : « La loi dispose de... » Mais en aucun cas « La loi stipule ... »*

Pour conclure de l'application de la loi dans le temps que le pouvoir du législateur d'écarter l'article 2, ce pouvoir est refusé en matière de règlement administratif.

Les règlements administratifs ne peuvent pas être rétroactifs, parce que ce principe de l'art 2 relève des principes fondamentaux pour lesquels seuls la loi parlementaire est compétente.

Ainsi un règlement administratif rétroactif révélerait ce qu'on appelle un excès de pouvoir. Plus encore, ce pouvoir du législateur d'écarter l'art 2 se trouve parfois refusé par les juridictions européennes au législateur français.

Dans des décisions récentes, ce pouvoir a été mis en cause par la cour européenne des droits de l'homme.

La cour européenne a condamné les dispositions de la loi Française du 4 mars 2002 qui prévoyait l'application aux litiges en cours. Il s'agissait d'une loi rétroactive. Ces dispositions sont condamnées dans deux arrêts du 6 octobre 2005.

Cela signifie qu'il est permis aux juges Français de refuser l'application immédiate du dispositif du 4 mars 2002.

L'objet de la loi est de limiter la responsabilité du corps médical consécutive à une naissance handicapée.

Bizarrement le fondement choisi par la cour européenne met en avant le droit au respect de ses biens y compris la créance de dommage et intérêts sous l'emprise de la loi ancienne.

## B) La coutume

Il peut paraître étonnant que la coutume a une valeur juridique, cependant « la coutume » à plusieurs sens.

### 1) Identification de la coutume

On est confronté à un problème de définition. Le mot coutume est un mot commun renvoyant à l'habitude, tradition. C'est une source du droit.

Définition : La coutume désigne au sens large l'ensemble des règles juridiques qui se dégagent des faits et de la pratique du droit en dehors de l'intervention du législateur.

Autant la loi est facile à définir mais pas la coutume.

La loi présente un immense avantage, celui de découler d'un processus formel pré-identifié.

Tautologique : « Au jour d'aujourd'hui »

On sait par avance ce que va être la loi : On peut toujours définir la loi par rapport à son origine. On peut alors affirmer que la loi est une règle de droit issue d'un organe étatique détenteur du pouvoir législatif.

Puisque la loi est facile à définir, on aura alors tendance à la définir par rapport à ce que l'on connaît. On considère que la coutume est synonyme de droit non légiféré, donc du droit qui n'est pas passé par le processus législatif. C'est du droit spontané.

Bref on ne peut pas situer la coutume par son origine, sa caractéristique est que l'on ne connaît pas l'origine. On dit alors que la coutume est le résultat d'une longue suite d'actes constamment répétés qui acquiert un caractère juridique par la pratique commune.

L'histoire atteste de l'importance de la coutume. Historiquement c'est la coutume qui est la première manifestation du droit juridique.

La coutume peut être d'origine populaire ou savante. La différence tient à la bouche de l'interprète. Lorsqu'elle est populaire, la coutume est une pratique dégagée par la masse par le plus grand nombre. Lorsqu'elle est savante, elle est formulée par les juristes ou par la jurisprudence. Dans tous les cas, le phénomène coutumier s'inscrit dans la durée et la coutume présente alors différents visages.

### 1) Les coutumes :

Parmi ces coutumes on trouve une catégorie très importante, les principes généraux du droit qui sont apparentés à la coutume savante. La formulation se dégage des œuvres doctrinales ou des tribunaux (juridiction suprême).

Les principes généraux du droit se distinguent au sein de la coutume par l'amplification au sein de l'espace. On retrouve les mêmes principes dans les pays occidentaux.

Ex :

-Nul ne peut s'enrichir sans causes au détriment d'autrui.

-On ne peut transférer plus de droit que l'on en a.

-Nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes (contrat avec une prostituée)

La fraude corrompt tout.

Ainsi l'importance des coutumes dépasse le droit français. Il forme un droit commun de tradition savante.

Les coutumes générales et maximales juridiques. Il s'agit de règles coutumières.

On les désigne par les mots : « adages, brocard, proverbes juridiques », « idem est non esse aut non probari ». « C'est la même chose de ne pas exister que de ne pas être prouvé ».

Les mœurs d'un pays dépendent des coutumes.

### b) Les usages.

On considère en général que la force des usages est moindre que celle des coutumes. Les usages contribuent à former la coutume.

Les usages professionnels : Règles coutumières qui ont vocation à régir les rapports entre les membres d'une même profession. Les plus importants sont ceux du commerce et de l'industrie. C'est aussi les plus simples à identifier.

Ex : Dans certaines professions, la rupture d'un contrat ne peut avoir lieu avant un délai de préavis. Cette durée n'est pas légale mais elle relève de l'usage.

Relève aussi de l'usage professionnel, les règles de l'art, règle à respecter. Pour que les prestations soient correctement effectuées.

Les usages conventionnels : Ils ont pour objet les relations contractuelles. Ils contribuent à déterminer le contenu des contrats.

Convention : Acte juridique qui résulte de l'échange de consentement.

Contrat : Selon l'article 1101, est une convention par laquelle les parties s'obligent à donner, à faire ou à ne pas faire. On utilise les usages conventionnels pour déterminer les effets secondaires des contrats, accessoires.

Ex : C'est en utilisant l'usage conventionnel que les tribunaux ont décidé que les transporteurs sont débiteurs d'une obligation de sécurité.

Au-delà, les usages conventionnels peuvent concerner un mode spécifique des formations contractuelles.

Ex : Vente d'eau de vie en Charente se conclue verbalement.

Ex : Il est d'usage constant que les prix entre commerçants soient stipulés hors taxes.

Les usages locaux : Ils peuvent conserver une certaine importance dans certaines matières qui ont une rigueur juridique particulière.

Ex : Il est d'usage à Paris de minorer les consommations au bar et de majorer celles en salles.

2) La force obligatoire de la coutume.

A) Position du problème

Si la coutume mérite de figurer parmi les sources du droit c'est quelle droit faire naître du droit objectif. La coutume sert à constituer le droit, elle doit donc en posséder les caractères.

A partir de quel moment ce qui est une pratique sociale généralement suivie devient-elle une règle de droit ? Dès l'instant que l'autorité chargée d'appliquer le droit reconnaît la coutume. C'est la décision de justice qui imprime à la coutume un caractère formellement juridique. On dit parfois que la jurisprudence est le révélateur.

La juridicité de la coutume a été systématisée. Il y a coutume lorsqu'il y a réunion d'éléments matériels et d'ordre psychologique. La coutume suppose des comportements supposés répétés dans l'espace et dans le temps.

Dans l'espace : il faut que la pratique soit rattachée à un milieu social déterminé (ex : profession mais aussi une localisation géographique).

L'usage est une source du droit importante dans l'entreprise (ex : Les primes) – (ex : Surf au travail).

Le domaine géographique n'a pas forcément à être très étendu, l'importance est plutôt sa définition précise.

La précision de la délimitation du champ spatial n'a pas forcément à être très étendue mais à être précise. Il faut aussi que celui qui se réclame de la coutume en question doit établir que la situation litigieuse relève bien de cette localisation géographique.

Il faut encore une répétition dans le temps de la pratique en question. La pratique doit se singulariser par sa constance, sa durée, son ancienneté.

« Une fois n'est pas coutume ».

La part de la répétition dans l'espace et dans le temps sont à géométrie variable. Il arrive précisément que la jurisprudence qualifie d'usage une pratique très récente mais alors son amplitude géographique est très importante. A l'inverse un usage très localisé ...

Un élément de type psychologique. C'est l'élément déterminant pour emporter la qualification de coutume. Il faut que l'usage en question soit considéré comme doté de forces obligatoires.

On appelle ce sentiment l'opinion *necessitatis*. Opinion qui procède de la croyance populaire.

Il faut être certain qu'il agit bien en l'exception d'une règle à caractère juridique.

Il est toutefois évident que la densité de cet événement psychologique doit se mesurer au sein du milieu social dans lequel l'usage est localisé.

En somme pour conclure, la qualification de la coutume dépend d'une sanction de l'ordre étatique. Il faut convaincre l'autorité que nous sommes en présence d'une coutume, considérée comme obligatoire.

b) Les grands types de coutumes.

La coutume *secundum legem*, la coutume conformément à la loi lorsque la loi renvoie elle-même à la coutume.

Ex : Article 1135

Dans cette hypothèse la coutume tire sa force obligatoire de la loi elle-même. De nombreux textes du code civil font un renvoi à la coutume (1135, 1160, 645, 663, 671, 674). Parmi les coutumes secundum legem, il faut évoquer les notions cadres qui pour être précisées font appel à un fond coutumier.

La coutume praeter legem (à défaut de la loi). Elle s'applique en cas de carence de la loi. Elle viendrait donc relayer la loi.

On a constaté fortement la force obligatoire de praeter legem. Seul le parlement est l'organe habilité à créer la loi car il a seule compétence.

Il y a place des sources à côté de la loi. Ces sources ont une emprise sur la matière juridique lorsque la loi est lacunaire. Il n'y a pas de vide juridique.

On peut combler les trous de la loi avec la coutume. Le problème du caractère juridique de la coutume peut se résoudre lorsque le juge reconnaît l'existence d'une coutume et fonde la solution du litige sur cette coutume.

Autres exemples en matière commerciale la solidarité est présumée.

La décision de justice confère à la coutume un statut juridique formel.

GENY François (propulseur de la coutume).

Hors le juge est parfaitement habilité à compléter la loi et ce légalement (art 4).

L'article 4 rend le juge coupable de délit de justice s'il ne trouve pas de solution mais dans les limites de sa compétence.

Cette solution s'imposera en droit.

Alors on peut dire que lorsque le juge utilise la coutume pour relayer la loi, il est parfaitement habilité. Il est en présence d'une coutume praeter legem qui a force obligatoire.

La jurisprudence est propulseur de la coutume.

Le juge doit compléter la loi si la résolution du litige en dépend. Elle est alors dotée du statut de règle de droit car invoquée comme telle par le juge.

L'article 16 indique que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicable.

Elle demeure une source du droit.

La question de la force obligatoire ne se résout pas entièrement dans la section judiciaire.

Tout l'intérêt de la coutume est d'être exécuté. C'est l'application spontanée qu'on en fait qui fait sa valeur.

C'est un phénomène assez impalpable, difficile à saisir d'un point de vue théorique.

Elle régule les rapports sociaux aussi bien que la loi.

C'est vrai que la coutume emprunte la force obligatoire à la décision de justice qui l'a contenue mais la décision de justice reconnaît que la coutume préexiste.

Si tel n'était pas le cas alors le juge ne pourrait pas l'appliquer. Alors la systématisation des caractères de la coutume vaut la peine d'être faite.

La coutume contra legem (à l'encontre de la loi). La loi est la source du droit suprême, il n'y a pas de coutume contra legem en droit mais il y en a en fait. La coutume n'est jamais supérieure en droit.

## II) Le droit public

### 1) Notion : le droit public par matière

## 2) Les sources du droit public

La division entre droit public et privé existait en droit romain. Elle revêtait déjà un caractère académique dans un but pédagogique à l'usage des étudiants. Il faut comprendre que la division est plus académique que réel. Les choses ne sont pas aussi tranchées. Il n'y a pas de division parfaite, il y a de nombreux points de connections et règles communes au droit privé et public.

Ex : Droit de l'urbanisme  
Droit de l'environnement

Le droit public et privé ne concerne pas les mêmes intérêts. On dit que le droit public est le droit du gouvernement des romains alors que le droit privé concerne l'intérêt des citoyens. On peut définir le droit public comme celui qui régit les rapports dans lesquels intervient l'état. On se trouve en présence de droit public lorsque les intérêts envisagés par la règle de droit concernent l'état par n'importe laquelle de ces dimensions.

D'emblé se dégagent deux types de rapports :

-Entre les individus et l'état.

Il faut aussi évoquer les rapports des agents publics entre eux.

En second lieu le droit public a pour objet de régir les rapports entre les composantes de l'état. Il s'agit alors des règles d'organisation de l'état.

Difficultés :

Différence majeure qui justifie la distinction : différence qui tiens à l'absence d'un corps de règle de droit public général. Alors que le droit privé connaît un corps de règle qui constitue la trame connue du droit privé.

Ensemble normatif de référence. Il n'y a pas de droit public commun comparable à ce que le droit civil est au droit privé.

La réglementation en droit public connaît donc une différence théorique profonde. Alors que le droit civil s'applique aux relations entre individus abstraction faite de tel ou tel professions ou de leur appartenance social, au contraire le droit public suppose toujours que la situation considérée se rattache à la sphère étatique.

Ceci explique peut être que le droit public soit moins susceptible de représentation abstraite. Il est difficile de dégager des concepts communs qui s'applique à tous les rapports et qui rendrait possible l'élaboration d'une intro en droit fondé sur le seul droit public.

Ceci vient de ce que le droit public est irréductible d'une division initiale.

Relation entre individus : Droit privé

Cela explique que la codification n'est pas la même en droit public et privé.

Une codification au sens Civilis est un acte complet d'élaboration d'un ensemble normatif cohérent.

C'est non seulement un travail d'énonciation et de formulation de la loi mais c'est surtout une composition d'ensemble car il faut agencer les éléments de cet ensemble.

Il faut également s'assurer de la cohérence de l'ensemble. On percevra ainsi le recueil de loi comme un tout organisé autour de valeurs connues.

Il est porteur d'un projet politique, on dit que c'est la constitution civile de la France. Il y a alors instauration d'un ordre juridique nouveau. Rien à voir avec un autre type de codification appelée à droit constant.

C'est une compilation de textes de loi déjà existant dans un seul recueil. Ce n'est pas comparable à un code civil. C'est donc pourquoi nous envisagerons de présenter le droit public par matière.

Le droit public est un droit fondamentalement inégalitaire parce que le droit public se construit autour de l'intérêt général. Il diffère des intérêts particuliers.

Parce que ces intérêts diffèrent ils apparaissent parfois comme incompatible. Le droit public est doté d'instrument nécessaire à l'intérêt général qui impose une inégalité entre l'intérêt de la masse et de l'individu.

On doit préférer l'intérêt général à l'intérêt particulier.

B) Les matières de droit public.

L'absence d'un corps de règle commun, il faut raisonner par matière.

a) Les matières de droit public

1) Le droit constitutionnel.

Le droit constitutionnel peut être conçu de deux manières qu'il faut rapprocher. Le droit constitutionnel fixe les bases de l'organisation de l'état. Il détermine les règles fondamentales de l'organisation étatique. Hors ces règles trouvent leur plus haute expression dans la constitution. Alors on peut dire que le droit constitutionnel est la partie de la science juridique qui étudie le droit la constitution.

Le droit constitutionnel a pour objet l'encadrement juridique des phénomènes politique.

Les phénomènes politiques sont ceux qui concernent l'organisation, l'exercice du pouvoir, le gouvernement des hommes par un état au sein d'une société organisée. Plus largement et dans un sens plus proche, les phénomènes politique concernent les forces sociales à l'origine du pouvoir.

Cette présentation dualiste doit attirer notre attention sur le fait que se mêle dans cette matière des phénomènes juridiques de nature pourtant différente.

En droit constitutionnel l'interprète oscille constamment entre la pure technique juridique et le jeu politique. Ce jeu politique pèse parfois de manière spectaculaire sur le fonctionnement de l'état.

L'interprétation de ces textes peut se faire techniquement.

Le fait majoritaire ne peut être ignoré par le constitutionnalisme.

*Ex : En 86 sous la cohabitation*

*En temps normal le président signe les amendements.*

*En période de cohabitation a-t-il le choix de signer ?*

*En 86, le président refuse.*

*La signature est devenu une sorte de veto.*

Classiquement on constate que le droit constitutionnel est associé à l'institution politique jusqu'à fin du 20<sup>ème</sup> siècle.

En dernier lieu, il faut faire état d'une troisième définition dite formelle (en considération de l'origine) comme un ensemble de normes dont la valeur est supérieure à toutes les autres normes au sein d'un ordre juridique étatique.

Le premier rang des sources du droit est la constitution.

2) Les finances publiques

Rattachement de cette discipline au droit public. Il faut aussi souligner que les finances publiques entretiennent un lien fort avec le droit constitutionnel. Historiquement le vote du budget de l'état est une conquête du parlementarisme.

Le pouvoir financier des assemblés a été la condition de leur importance au plan institutionnel. La consécration du régime parlementaire est liée au financement de l'état. D'une manière plus contemporaine les biens subsistent. La constitution est rattachée au financement. Mais les finances publiques ont un objet d'étude plus large que le budget de l'état. Il embrasse les finances de l'état, des personnes morales du droit public et plus globalement les finances du secteur public.

### 3) Le droit administratif

Doit qui prends pour objets les relations entre les administrations et les administrés c'est-à-dire entre l'état et les individus. Rapports dans un cadre particulier, d'activité de l'intérêt générale dits de service public et pour lesquelles on met en œuvre les prérogatives de puissance publique (PPP). Dualisme de droit applicable à l'administration.

L'activité de service public peut être de gestion public ou privé. Seules les règles relatives à la gestion public des activités de service public relève du droit administratif.

Il ne faut pas conclure que l'intervention de l'administration déclenche systématiquement le droit administratif.

Il arrive fréquemment que l'intervention de l'administration se voient encadré par des règles de droit privé et surtout que ces litiges relève du droit judiciaire.

Ex : Responsabilité de l'état pour les fautes commises par un enseignement public ou privé relève de l'ordre judiciaire.

En somme le droit administratif peut se définir par les règles applicables aux activités du gouvernement mais aussi des autorités décentraliser lorsqu'elles tendent à des buts de service public par la mise en œuvre de la puissance public.

En sa forme actuelle, il résulte de deux événements, la formulation d'un principe de droit intermédiaire. Principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

Interprétation française de la séparation des pouvoirs.

Ce principe a été formulé dans une loi (des 16-24 août 1890).

Consécration officiel : Décision de justice dans laquelle procède le droit administratif.

Tribunal des conflits : tâche qui consiste à résoudre les difficultés que soulève la répartition des compétences judiciaires et administrative.

Arrêt Blanco du 8 février 1873, date de création du droit administratif.

Dans cet arrêt, l'administration : « Ne peut être régis par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particuliers à particulier » « Elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins de service et la nécessité de concilier les droits de l'état et privé.

Le droit administratif n'est pas un corps de règle sanctionné en justice.

Du constat préalable de la séparation est né un ordre juridique autonome, c'est constitué un droit substantiel, le droit administratif. Le droit administratif est un droit jurisprudentiel.

Importance extrême du droit administratif qui forme la partie centrale du droit public, il forme les droits communs des rapports entre les particuliers et l'état.

Il y a un droit administratif commun dont la sphère est très vaste à tel point que ce droit fournis les connaissances élémentaires au rapport de l'état et des particuliers.

### 4) Le droit pénal

Si le critère est l'intervention de l'état alors on doit ranger le droit pénal dans le droit public. Il pose des interdits fondamentaux. Ces interdits fondamentaux sont représentés sous formes d'infraction, c'est le phénomène primaire, allocation de la violence étatique.

On peut d'ailleurs définir le droit pénal comme l'ensemble des règles qui organise la réaction de l'état vis-à-vis des infractions.

L'infraction, c'est un comportement interdit sous la menace d'une peine. Comportement tel qu'il est défini de manière générale et impersonnelle par la loi pénale.

Ex : Le vol est puni de 10 ans d'emprisonnement.

On dégage les deux éléments constitutifs de l'infraction :

-L'incrimination, c'est-à-dire la description des éléments constitutifs du comportement interdit.

-La peine qui sanctionne l'incrimination. C'est un élément assez délicat à définir.

Il suffira ici de situer la peine par rapport à la sanction civile. La sanction civile s'identifie par son caractère réparateur. C'est-à-dire qu'elle a vocation de replacer celui qui invoque un comportement illégal de le replacer dans la situation qui était la sienne avant la violation de la loi.

Les dommages et intérêts sont la somme d'argent alloué à la victime d'un dommage causé par la faute d'autrui. Ils sont calculé de manière à replacer dans la situation qui était la sienne et ils ont une fonction compensatrice.

Au contraire s'agissant du droit pénal, la sanction pénal est répressive, elle puni le coupable sans considération de la situation de la victime. La peine est une sanction au nom de l'ensemble de la société. La peine est une réaction à un trouble social. Elle est prononcée dans un but rétributif, éliminateur ou intimidateur. Le contenu de l'infraction pénal renvoie à la définition de la norme juridique. Le droit pénal entretient avec le phénomène légal des relations très étroites.

II) Les sources **en** droit public.

On se retrouve une fois de plus en face du dualisme du droit public. Comment envisager un classement unique des sources du droit public compte tenu de la répartition de la matière du droit public (entre droit constitutionnel et droit administratif). Nous avons des matières distinctes qui ont leurs propres

Il n'y a pas de sources du droit public. L'intérêt pour nous de présenter les sources du droit du point de vue du droit public est ailleurs. Il vient de ce que la représentation du droit publiciste offre une vision complète de notre système juridique, considérer d'un point de vue formel. Pour comprendre cette affirmation il faut se convaincre de l'utilité des sources du droit. La présentation des sources du droit répond à une question, la question de l'origine des règles de droit. Les techniques par lesquels sont produites les règles de droit. Mais elle répond aussi à une autre question, quelle est la hiérarchie des règles de droit au sein d'un état ? La hiérarchie des règles ou des normes est une condition de la prévisibilité des solutions en droit. Quel est alors le but de la présentation hiérarchique des sources ? Savoir dans quel ordre il faut invoquer les lois.

Une représentation global de toutes les catégories de règles de droit renseigne aussi bien sur l'origine des règles que sur l'agencement des règles les unes par rapport aux autres. Cela favorise la compréhension du système juridique. Les règles sont alors organisées selon le pouvoir dont elles sont issues.

Hors précisément l'objet du droit privé exclu cette représentation globale des règles de droit, en raison d'un problème de compétence. Le droit privé n'a pas compétence pour envisager toutes les règles de droit, la compétence du droit privé ce sont les rapports entre individus. Il ignore donc les règles de droit qui ne concerne pas les rapports entre particuliers. Le droit

civil renferme la théorie générale de la loi mais le code civil ne va pas au delà de la loi. A l'inverse le droit public inclut une représentation globale des sources du droit dans son champ d'étude. Le droit public contient dans son droit d'étude.

Le droit constitutionnel évoque alors la constitution comme source du droit. Hors la constitution c'est la source suprême du droit dans un état. Pour ce qui est du droit administratif, il a considéré ces sources.

Les sources du droit administratif sont les lois et les règlements dès lors qu'ils concernent les rapports des particuliers et de l'état. La jurisprudence est une interprétation de la loi. Alors si le droit administratif s'intéresse aux lois et aux règlements. Ce qu'il dit des lois et des règlements en tant que source intéressera vaudra aussi pour le droit privé. On a un panorama de l'ensemble des sources du droit. Cette hiérarchie des sources est représentée sous forme pyramidale. On l'a dit à Hans KELSEN.

Les catégories du droit public.

L'organisation des normes selon un principe hiérarchique signifie que toute norme doit être conforme à la norme qui lui est immédiatement supérieur.

### Constitution

#### La Loi parlementaire

La loi organique (qui a pour objet l'application de la constitution)

La loi ordinaire (art 34) -> Règlements autonomes

S'il arrivait qu'il y ait un conflit entre le règlement et la loi alors la loi l'emporterait. Dans ces règlements autonomes on trouve les ordonnances du président de la république (art 38). On trouve aussi les décrets du président de la république qui sont régis par l'art 37. On trouve au dernier étage les décrets autonomes du premier ministre. Ensuite il y a les règlements administratifs puis les arrêtés ministériels, les arrêtés préfectoraux et les arrêtés municipaux. Toutes les sources du cadre étatique. La coutume ne figure pas dans la pyramide.

Le bouleversement de la théorie classique des sources du droit, le cadre extra étatique. Il s'agit pour nous de nous intéresser au droit qui se forme en dehors de l'état soit pour être intégré soit même pour fonctionner en dehors de lui de manière autonome sans l'état qui aurait vocation à régir certains rapports internationaux.

La nécessité de traiter juridiquement les relations entre les états ou entre les individus de nations différentes n'est pas nouveauté. Le droit romain connaissait le « jus gentium », droit commun à tous les hommes, indépendamment de leur rattachement à la cité. C'était le droit utilisé en commerce international. L'école du droit de la nature et des gens au 16 et 17<sup>ème</sup> s'efforcent de dégager un système de règle en raison avec un objectif avoué, celui de limiter les conséquences inacceptables des guerres entre les états. Alors la question n'est pas nouvelle,

toutefois les phénomènes juridiques internationaux ont acquis une importance telle qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que leur influence sur les sources du droit positif Français est aujourd'hui déterminante.

La première raison est d'ordre politique, on constate l'affaiblissement de l'état nation dans sa conception la plus classique. L'état nation se confond avec le système juridique. L'état n'est plus considéré de la même manière au plan mondial qu'au 18<sup>ème</sup> siècle. L'état est lui-même considéré comme un sujet de droit. Son monopole dans la fabrication du droit tend aussi à disparaître.

Seconde raison d'ordre économique, c'est un phénomène de la mondialisation. C'est un phénomène double, elle s'exprime d'abord dans l'intensification de la mobilité à travers les frontières. La mobilité tend à détacher les personnes d'un territoire donné. La mondialisation réside dans la constitution d'espace virtuel, immatériel, sans localisation ou territorialité. Le premier de ces espaces c'est le marché. Alors ces deux facettes de la mondialisation appellent l'élaboration de règles juridiques fondamentalement distinctes des droits nationaux. Si l'on considère que la théorie classique du droit s'appuyait sur la primauté du droit étatique alors on doit aussi considérer que l'inflation des phénomènes juridiques internationaux vient bouleverser ... On assiste à la cohabitation de plusieurs modes concurrents de production du droit. Le droit n'est plus le monopole de l'état. Pour désigner cette cohabitation on parle de pluralisme juridique.

Cette période de pluralisme juridique nous invite à poser deux questions :

-Y a-t-il ou non un droit au-dessus du droit étatique ?

-Y a-t-il un droit au-delà du droit étatique ?

I) Un droit au-dessus du droit étatique ?

Les sources supra législatives du droit

II) Un droit au-delà du droit étatique ?

Premières vues sur la régulation.

*Dans l'organisation des études en France on rattache le droit pénal au droit privé.*

L'état conserve le monopole du droit Français, il ne faut pas se représenter le droit international comme un ordre juridique comparable à l'ordre étatique.

Les règles internationales sont formulées par d'autres institutions que l'état mais elles ont besoin de l'état pour acquérir un caractère obligatoire. Ces règles s'incorporent au droit Français, elles passent dans le droit Français même si leur origine est ailleurs. On parle parfois d'un droit venu d'ailleurs.

Il semble que pour présenter ces sources internationales supra législatives, il semble qu'il faille aujourd'hui distinguer les techniques d'intégration du droit international et les techniques d'intégration du droit communautaire.

A) Le mode d'introduction classique des règles internationales dans le droit Français :  
l'article 55 de la constitution.

Quelques principes :

-La constitution demeure la source suprême. Elle prime sur les traités internationaux.

(Article 53).

La constitution demeure au-dessus du droit des traités.

Quelles sont les conséquences concrètes de la primauté de la constitution (art 54) ?

Ce principe de primauté de la constitution signifie que l'application du droit conventionnel international (droit des traités internationaux) est subordonnée à une mise en conformité avec la constitution en cas de conflit à une révision de la constitution.

On ne doit pas considérer que le principe de primauté de la constitution invite à préférer la constitution aux traités. Il n'y a pas de concurrence possible.

Un traité contraire à la constitution ne peut être appliqué, il faut alors modifier la constitution.

-Les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès lors publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.

Selon ce texte les traités priment sur la loi (art 55 de la constitution), on parle de supra légalité des traités.

L'interprétation de ce texte par la jurisprudence de l'ordre judiciaire mais aussi de l'ordre administratif en a fait une règle d'application générale. Au terme de cette jurisprudence l'article 55 de la constitution permet l'intégration des ordres juridiques internationaux aux ordres juridiques internes. En conséquence les règles de droit international d'origine conventionnel s'appliquent en droit positif Français. Et plus encore elles ont une autorité supérieure à la loi.

Concrètement en cas de conflit dans ces normes c'est la norme internationale qui sera appliqué au détriment de la loi. C'est essentiel dans la hiérarchie des sources.

Il faut connaître un minimum la jurisprudence qui a dégagé le principe général de cette supra légitimité des traités.

Première décision du 24 mai 75, décision qui affirme que le traité de Rome, il a institué un ordre juridique intégré à celui des états membres. Les dispositions du traité constitue un ordre juridique intégré c'est-à-dire un ensemble de règles dont on suppose la cohérence et qui est un ordre évolutif. Il y a intégration d'un autre ordre juridique. C'est un ensemble qui est donc appelé à évoluer selon ces propres impératifs.

Le conseil d'état a adopté la même conception dans un arrêt du 20 octobre 1989 (arrêt Nicolo).

Applications :

Le droit communautaire, c'est l'ordre international intégré au droit positif qui nous paraît le plus évident. La technique d'intégration du droit communautaire est en train de changer. Le droit communautaire jusqu'à une époque très récente s'intégrait dans le droit international par le biais de l'article 55.

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cette convention s'incorpore au droit Français de deux manières :

-les individus qui estiment avoir subi une violation des droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme alors vous pouvez avoir un recours devant la cour européenne des droits de l'homme. A une condition toutefois, il faut préalablement avoir épuisé toutes les voies de recours de l'ordre interne.

Condamnation de la France mais le particulier n'y va que pour la « gloire ».

La Convention européenne des droits de l'homme peut être invoqué directement devant le juge français lorsqu'on estime que le droit français ne respecte pas les droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme.

Le juge français a le pouvoir de contrôler la conformité du droit français à la convention européenne des droits de l'homme.

S'il constate qu'effectivement le droit français n'est pas conforme à la convention européenne des droits de l'homme, il écarte le droit français pour trancher le litige qui est soumis au juge. Donc le particulier verra sa situation régie par le droit international.

Si l'invocation est beaucoup plus efficace, sa portée est beaucoup plus restreinte car la loi reste en vigueur et l'état n'est pas concerné par la décision de justice contrairement à une décision de la cour européenne des droits de l'homme.

Dernière exemple : La convention internationale relative au droit de l'enfant (New York 1990). Depuis très peu de temps les dispositions de cette convention peuvent être invoqué directement devant le juge Français.

B) Le fondement spécial de l'intégration du droit communautaire : article 88-1 de la constitution.

La jurisprudence utilise désormais ce texte à la place de l'article 55 pour intégrer l'ordre communautaire au droit Français.

La théorie classique des sources est en train d'évoluer.

Le droit communautaire c'est le droit de l'UE, c'est évidemment un droit d'origine conventionnelle. Quelle est la compétence de ce droit ? Le droit communautaire à une compétence exclusive. Par la conclusion des traités, les états membres adhèrent ont attribué à l'UE des domaines de compétence dans lesquels ils ne peuvent plus eux-mêmes intervenir.

Ex : la politique commerciale commune, les règles en matière de concurrence.

Les états ne peuvent plus légiférer sur ces questions. Le droit communautaire partage aussi quelques compétences avec l'UE.

Il y a risque de concurrence entre deux modes de production du droit, l'état et l'UE. Pour contourner ce risque on utilise un principe de subsidiarité. Il signifie que l'UE ne peut agir juridiquement que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manières suffisantes par les états membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire.

Cela signifie que l'action de l'UE est possible si les états tous seul ne sont en mesure d'atteindre l'objectif et que l'UE peut les atteindre mieux. Lorsque le droit communautaire est compétent il prime sur le droit des états membres.

Existe-t-il un droit au delà du droit étatique ? Première vu sur la régulation.

Se pose ici de manière authentique la question du pluralisme juridique. Y a-t-il un droit sans l'état ? Plusieurs facteurs invite à penser que ce droit existe ou commence à exister.

Internationalisation des économies, etc., rends perméable les droits de l'état. Ces phénomènes invite a posé les droits sans l'état. Le droit du commerce international

La « lex mercatoria » fonctionne indépendamment du système étatique. Ce sont des règles juridiques. De même le droit du commerce international connaît un mode particulier de règlement des litiges qui évite de recourir à la juridiction étatique.

Il existe aussi des règles qui sont fixé par des organisations internationales qui ne sont pas fixé par l'état (OMC).

Autre domaine, le droit international humanitaire et pénal.

Ex : la convention européenne des droits de l'homme.

Il existe une justice pénale et internationale, c'est la cour de justice.

D'une manière générale c'est ce que l'on appelle le droit des droits de l'homme. Dans ses domaines il semble que le droit n'a pas besoin de l'état pour fonctionner. Certes cela existe néanmoins c'est un système qui fonctionne imparfaitement et qui surtout fonctionne sur l'obéissance spontanée des acteurs des domaines concernés.

La régulation s'oppose à la réglementation.

La régulation peut se définir comme la tendance des opérateurs économiques à se doter eux-mêmes des instruments juridiques nécessaires à la situation.

La régulation passe par le contrat, droit qui est souvent d'origine conventionnel mais les instruments juridiques de la réglementation sont également issus du cadre institutionnel.

Chapitre 2 : Les conséquences de la règle de droit sur les destinataires.

Il s'agit de considérer la réception des règles de droit, les conséquences de la règle de droit au niveau des citoyens. La règle de droit confère aux individus qui y sont soumis (sujets de droit) des prérogatives que l'on appelle des droits subjectifs.

Le droit subjectif est un pouvoir garanti par le droit objectif. On dira en droit positif français que c'est un pouvoir garanti par la contrainte étatique. Le droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé. (JHERING)

Ex : Je peux utiliser à mon gré les objets dont je suis propriétaire car le droit objectif m'en garantit le pouvoir de la manière la plus absolue s'agissant du droit de la propriété.

A l'inverse le voleur a un pouvoir sur la chose qu'il détient de manière frauduleuse, il n'est pas protégé par le droit objectif.

Le droit subjectif n'est pas que l'envers de la règle de droit. Le point de vue subjectif peut intéresser par réaction la création du droit objectif.

La règle de droit émane de la volonté générale.

On assiste à une subjectivation du droit. L'état apparaissant impuissant, le succès du droit objectif est croissant. L'idéologie des droits de l'homme se traduit par la construction d'un droit des droits de l'homme donc centré sur l'individu.

Il faudra donc étudier la notion de droit subjectif

Section 1 : Le droit subjectif

Le droit subjectif est toujours rattaché à une règle de droit objectif. Comment passe-t-on de l'un à l'autre.

La création du droit subjectif dépend de l'action et de la volonté des sujets de droit. La question est donc de savoir comment se crée le droit subjectif. Avant cela il faudra déterminer ce qu'il sont de manière technique, il y a différentes catégories de droit subjectif qui ne sont pas protégées de la même manière.

1) Classification et organisation des droits subjectifs.

A) La classification des droits subjectifs.

Il s'inscrit toujours au sein d'un rapport, ce rapport peut exister entre une personne et une chose. Il peut être évidemment choisi entre une personne et une personne.

Il faut distinguer entre le droit que l'on possède sur une chose (droit réel).

1) Le droit réel.

Le droit réel est la prérogative juridique exercé sur une chose qui permet d'en retirer tout ou partie de ses utilités économique. Il faut savoir ce que signifie une chose en droit.

a) Les choses.

En droit les choses s'appellent des biens.

Le droit considère les biens sur leur caractéristique physique. Le code civil pose à cet égard une classification, tous les biens sont meubles ou immeubles. C'est ce que l'on appelle une « suma divisio » (division fondamentale).

Aucun pan de la matière n'échappe à la division.

Sont des immeubles, le sol et les constructions, les choses qui ne sont pas susceptible de déplacement.

Les meubles c'est tout les biens qui ne sont pas immeubles.

La distinction entre meubles et immeubles a acquis toute son importance dans l'ancien droit. C'est en distinction de la valeur que cette distinction a acquis toute son importance.

La richesse était donc immobilière, on a donc conféré aux immeubles un statut juridique particulier afin qu'il demeure dans la famille.

A l'inverse le droit n'accordait aucune protection particulière aux biens meubles « res mobilis ». Cette raison n'existe plus, la richesse mobilière est aussi digne que la richesse immobilière. La richesse mobilière est très bien considérée.

L'immeuble conserve une signification particulière liée à la famille.

a) Les immeubles.

Les biens peuvent être des immeubles soit par nature soit par destination.

-Les immeubles par nature :

Critère de la fixité,

Les immeubles par destination :

Ils ne répondent pas par leur caractéristique physique par des immeubles, ils sont destinés à l'exploitation des immeubles. Il sont lié et emprunte donc sa nature.

Il sont lié parfois matériellement à un immeuble, il est un immeuble par destination à condition d'être rattaché à un fon a perpétuel demeure.

Par exemple sont des immeubles par destination, les poissons d'un étang, les canalisations d'eau.

Au delà des choses physique il existe des droits qui sont immeuble en considération de l'objet auquel il s'applique.

Ex : Les revenus qui sont procuré par un immeuble dont je suis propriétaire.

La notion de meuble et unitaire. Ils sont meubles uniquement par nature. Cela se fait toujours au profit des immeubles, un meuble peut devenir immeuble mais pas le contraire. La catégorie des meubles comprends toutes les choses mobiles susceptible de déplacement et qui sont affecté ni à l'exploitation d'un immeuble et qui ne sont pas non plus attaché au fon à perpétuel demeure.

Plus artificiellement de manière moins physique certains droit sont traités comme des choses par détermination de la loi.

Le droit de créance selon lesquels le débiteur doit remettre au créancier des objets mobilier, ces droits constituent des meubles.

La monnaie est par excellence le bien meuble. Alors la créance de somme d'argent est un meuble. Il faut inclure dans la catégorie de droit qui sont des choses, les droits des associés dans une société (part social, action).

Elles sont donc considérées comme des meubles. Les meubles appellent aussi une autre distinction, corporelle et incorporelle.

Corporelle : « Sont ceux qui tombent sous les sens » Ils se caractérisent par leur lien avec le monde qui l'entoure.

Au contraire il existe des biens qui sont sans liens, pas de ce monde, ils appartiennent au monde du droit. Ils sont susceptibles de valeur économique. Parmi ces biens/droits incorporels

Ex : Ceux dont l'objet est corporel mais il ne s'identifie pas à cet objet. (Propriété intellectuelle et artistique ou la clientèle d'un commerçant).

Ces droits sont traités comme des meubles.

#### b) Les droits sur les choses.

Les droits réels principaux :

-Le droit de propriété, droit typique, décrit comme absolu par le code civil, droit naturel. Il est un droit de référence.

Le droit de propriété contient toutes les utilités de la chose à laquelle il se rattache.

*L'usus c'est le droit d'utiliser la chose*

*Le fructus c'est le droit de percevoir les fruits de la chose*

*L'abusus c'est le droit de disposer de la chose (céder, vendre, détruire)*

Les droits réels démembres de la propriété.

Leur existence dépend de l'amputation du droit de propriété.

-Le droit d'usufruit, d'utiliser la chose et d'en percevoir les fruits. (Non propriétaire)

-Les servitudes, (art 637).

La servitude est le droit pour le propriétaire d'un immeuble de retirer à perpétuité certains services d'un immeuble voisin.

Ex : Le droit de passage sur les terres d'autrui.

Les droits réels accessoires :

Ce sont des droits accessoires de créance dont ils garantissent le paiement (hypothèque, c'est l'affectation d'un immeuble au paiement d'une dette. Lorsqu'il est affecté à un meuble on parle de gage).

En cas de non paiement de la créance par le débiteur on procédera à la vente du bien.

Le droit personnel :

Comme son nom l'indique le droit personnel c'est un droit sur une personne que l'on appelle également droit de créance. Celui dont dispose une personne, le créancier d'exiger d'une autre personne que l'on appelle débiteur une prestation ou un service qui consiste à faire, à ne pas faire ou à donner quelque chose.

Le lien juridique entre créancier et débiteur consiste à ce que l'on appelle le rapport d'obligation.

Ex : Le rapport entre le vendeur et l'acheteur, lien d'obligation selon lequel chaque parti détient un droit personnel sur l'autre.

B) L'organisation des droits subjectifs et la notion de patrimoine.

Le droit réel ou le droit personnel doivent être envisagé en considération de la notion de patrimoine parce que le patrimoine façonne de manière privilégiée. En droit la valeur pécuniaire est souvent ramenée à la valeur patrimoniale. **Le patrimoine désigne l'ensemble des droits et obligation d'une personne envisagée comme formant un tout, c'est une universalité de droit.**

Le patrimoine est une unité juridique rattaché à la personne. Il comprend l'actif et le passif.

L'actif comprend tous le droits et obligation qui ont une valeur pécuniaire. L'évaluation en argent des éléments du patrimoine est une condition pour que ces éléments pénètrent dans le patrimoine. Autrement dis, il n'y a pas de droit patrimoniaux si ces droits ne sont pas évaluable en argent.

Ce qui nous permet d'affirmer que l'obligation morale n'est pas un droit patrimonial. (Promesse d'un père à son fils). Il y a des droits extrapatrimoniaux, qui ne sont pas évaluable en argent, il s'agit des droits publics, des droits politiques, les droits privés (droit à la dignité, à l'honneur). Ce sont des intérêts juridiquement protégés mais ne sont pas des droits patrimoniaux. Le patrimoine se distingue des biens qui le composent à un moment donné. Il ne se réduit pas aux biens actuellement dans le patrimoine. Elle s'étend aux bien à venir. A l'inverse il importe peu qu'un patrimoine soit vide.

Le patrimoine c'est un contenant rattaché à la personne.

Il contient également le passif, les dettes de la personne. Les obligations dont je suis débiteur pèsent sur mon patrimoine. Le passif et l'actif en droit son lié.(article 2284 et 2285). L'actif compense le passif. Ces deux textes expriment la corrélation, le lien entre l'actif et le passif qui sont exprimés dans ces deux textes. C'est le gage commun de vos créanciers. C'est ce que l'on appelle le droit de gage générale. Parce que le droit de gage existe que le créancier a le droit en cas d'inexécution des obligation du débiteur de saisir les bien du débiteur de les faire vendre et de se désintéresser du prix de vente.

Actif : bien, droits, obligation (si je suis créancier)

Passif : dettes, obligation (débiteur)

Le droit de gage c'est un droit sur la personne. Le droit de gage général n'est pas un droit réel. Toute personne (physique ou morale) à un patrimoine. Seules les personnes possèdent un patrimoine. Une personne n'a en principe qu'un seul patrimoine on ne peut pas diviser son patrimoine. Le patrimoine ne peut être transmit sauf en cas de décès.

2) La création des droits subjectifs

Dans les manuels cette question prend la forme des sources des obligations. Pour comprendre il faut redire un mot de son origine romaniste. Elle a permis de passer de la notion d'obligation à la notion de droit.

Jusqu'à Gallus l'obligation était plus qu'une charge pour le débiteur mais un atout pour le créancier. En qualifiant d'obligation le droit du créancier de poursuivre son débiteur et donc la notion d'obligation a été élargi. L'obligation c'est l'envers du droit subjectif.

Ceci étant dis il faut classifier la création d'origine romaniste, c'est la classification sur laquelle s'appuie le code civil, distinguant d'une classification plus moderne.

A) La classification traditionnelle.

Elle est d'inspiration romaniste. Elle inspire le code civil. L'article 1370 en porte la trace.

L'obligation naît du contrat.

Le contrat : C'est un accord de volonté destiné à créer des obligations.

Il faut mentionner la convention qui est aussi un accord de volonté mais qui a un objet plus large. La convention peut aussi transmettre des droits ou éteindre des droits. On dit que le contrat est à la convention ce que l'espèce est au genre. (Art 1101 du code civil) où le contrat est défini par rapport à la convention.

Les quasi-contrats, il est défini comme un fait volontaire licite qui oblige son auteur envers les tiers en conférant une action à ses tiers.

Ex : La gestion d'affaire, (réparation de la propriété du voisin sans qu'il l'est demandé, on peut pas obtenir remboursement)

L'action en répétition de l'indu, je vous croyait à tort mon créancier je peut obtenir remboursement.

Le délit civil, c'est un fait illicite volontaire qui cause un dommage à autrui et qui oblige son auteur à le réparer. Cette faute comporte un élément intentionnel.

Le quasi-délit civil, c'est un fait illicite volontaire non intentionnel (imprudence ou négligence).

La loi fait parfois naître des obligations en dehors de toute volonté privée.

#### B) La classification moderne

Cette classification domine la doctrine française. Elle repose sur une seule division, les actes juridiques d'un côté, les faits juridiques de l'autre.

Les actes juridiques rassemblent les manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Il peut s'agir de la manifestation d'une seule volonté, il y a des actes juridiques unilatéraux.

Ex : Le testament est un acte juridique unilatéral, il produit des effets de droit qui trouvent leur source dans une volonté unique. Ces manifestations de volonté peuvent produire de deux ou plusieurs volontés.

Ex : La convention et le contrat.

L'instrumentum c'est le support formel d'un acte juridique.

Negotium c'est l'acte juridique lui-même, le contenu.

Le fait juridique : c'est un fait que le loi prend en considération pour y attacher un effet de droit.

La distinction des actes et faits juridiques est délicate. Il y a des faits juridiques intentionnels. Pour ce qui est du fait juridique, la volonté du sujet de droit n'a pas été prise en considération par le droit. La loi tire quelques conséquences du fait, alors que dans l'acte juridique le droit est tenu de prendre en compte la volonté car ils ont volontairement recherché certains effets.

Section 2 : Subjectivisation du droit : introduction au droit des droits de l'homme.

NON TRAITÉ

Deuxième partie : L'interprétation des règles juridiques.

Une règle de droit n'est rien sans l'interprétation qu'on en fait. Le droit doit être appliqué car il oriente des cas concrets. Hors la règle de droit n'est pas concrète, elle est générale et abstraite. Alors son application au cas particulier suppose qu'une autorité se charge de déterminer le contenu que l'on doit donner à la norme individuelle que l'on déduit de la règle de droit.

Cette autorité peut se trouver investie d'un pouvoir institutionnel d'imposer son interprétation. L'interprétation se conçoit comme une recherche, l'autorité qui interprète propose son interprétation, elle est une activité scientifique dont l'objet est la règle de droit. On peut donc définir de manière générale l'interprétation : processus actuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit, elle consiste à déterminer le sens des règles de droit. Elle consiste à donner un contenu aux règles de droit.

L'interprétation porte parfois sur un objet plus large que les règles de droit. En tant qu'activité scientifique, il entre dans le domaine d'interprétation de proposer une lecture globale du phénomène juridique. L'interprète considère alors le droit d'un point de vue uniquement théorique ou d'un point de vue philosophique.

Chapitre 1 : La détermination du contenu des règles de droit.

Il faut distinguer deux types d'interprétation qui ont un objet semblable. L'interprétation du droit par les organes d'application du droit, on parle d'interprétation authentique (le juge). Deuxième type d'interprétation, l'interprétation par des personnes privées en charge ou dépositaire de la science du droit par les juristes. On parle d'interprétation non authentique.

Section 1 : l'interprétation authentique

L'interprète authentique est investi d'un pouvoir institutionnel, ce peut être le pouvoir d'appliquer le droit lorsque cette application est discutée. Il y a conflit d'interprétation, il y a donc un litige, le juge se présente comme l'interprète authentique par excellence car il est investi du pouvoir de dire le droit et de trancher les litiges. Ce pouvoir de l'interprète authentique peut être directement lié à l'élaboration de la règle de droit. En certaines occasions le législateur est l'interprète authentique.

Ex : Le parlement en l'absence de conseil constitutionnel était le seul à pouvoir interpréter la constitution.

Paragraphe 1 : Le juge.

Le juge désigne en particulier dans le code civil toute juridiction de quelque nature de degré ou ordre quelle soit. La fonction de juger s'incarne dans la personne qui est investie dans la mission de juger. Le juge représentation du tiers impartial qui tranche les litiges. Interprète authentique par excellence il dispose d'un double pouvoir :

-la *juris dictio* : Le pouvoir de dire le droit dans un cas concret, à ne pas confondre avec faire le droit.

-*imperium* : le pouvoir de commandement qui se concrétise par la formule exécutoire à la fin du jugement.

Règle de droit : Commandement + sanction

Le juge a aussi certaines obligations, il a l'obligation de trancher le litige qui lui est soumis. En aucun cas le juge ne peut se substituer à la loi, il ne peut pas fonder sa décision sur des considérations d'ordre général et abstraites. En d'autres termes, le juge doit palier la carence de la loi.

De la même manière l'organisation des règles de droit influe sur l'institution en charge de trancher les litiges.

- a) L'organisation des juridictions
- 1) les juridictions d'ordre étatique.

Elles sont divisées selon les matières dont elles sont compétentes. Il s'agit ici du droit que les juridictions vont devoir appliquer, le droit substantiel. Les juridictions sont aussi soumises à des règles de droit, le droit régit aussi l'activité juridictionnelle tel l'objet de la procédure, organise l'itinéraire judiciaire depuis le déclenchement de l'institution judiciaire jusqu'au procès lui-même.

a) L'ordre judiciaire rassemble les juridictions qui statuent en matière civile ainsi qu'en matière pénale. Ces juridictions sont organisées en principe de la même manière même si il existe de très profondes différences entre le procès civil et pénal. Mais l'organisation fondamentale de l'ordre judiciaire est la même.

Chaque décision de justice produit une norme individuelle qui est le résultat de l'interprétation authentique.

Les juges du fond.

Elles sont d'abord les tribunaux et juridictions du premier degré qui ont à connaître du litige avant toutes les autres. Parmi elles, tribunal de grande instance, tribunal correctionnel, cour d'assise, tribunal paritaire des bordereaux, tribunal de commerce, conseil de prud'homme. Les juridictions du premier degré rendent des jugements. On trouve aussi les juridictions du second degré, ce sont les cours d'appels. Chaque Cour d'appel connaît des recours formés contre les jugements. L'expression qu'il faut employer est « interjeter appel ». Toute l'affaire est jugée de nouveau une seconde fois par la cour d'appel. Le second degré de juridiction n'est pas un droit. Une décision de cour d'appel se nomme un arrêt. Soit l'arrêt est confirmatif au contraire l'arrêt est infirmatif. On parle de juridiction du fond car ces juridictions se saisissent de l'ensemble du litige. Le juge examine les faits et applique le droit. Les juridictions du fond sont souveraines dans l'appréciation des faits qui leur sont soumis.

La Cour de cassation.

C'est une Cour suprême, c'est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. La cour de cassation est juge du droit et pas le fait. Elle ne peut être saisie que sur une question de droit. On forme alors un pourvoi en cassation. La cour de cassation juge l'activité des juges du fond, la manière dont les juges du fond ont appliqué le droit. Si la cour de cassation estime que le droit a été bien appliqué, elle rejette le pourvoi, si au contraire elle estime que le droit a été mal appliqué elle rend un arrêt de cassation. Si un arrêt de cassation est rendu, il faut que l'affaire soit jugée au fond, en général une autre cour d'appel.

Ex : En matière de responsabilité civile « est-ce que le préjudice qui figure à l'article 1382 inclut le préjudice moral ? ».

On dit de la cour de cassation qu'elle est une cour régulatrice car elle assure l'uniformité nationale l'interprétation du droit.

Il n'y a qu'une seule cour de cassation

La cour de cassation indique la manière dont il faut interpréter une règle, les juges du fond.

C'est ainsi que se fait l'uniformisation du droit. Les arrêts de la cour de cassation sont le facteur déterminant de la construction de la jurisprudence. Parmi toutes les décisions de justice celle de la cour de cassation a vocation à faire de la jurisprudence. Il arrive que la cour de cassation change d'interprétation, c'est ce que l'on appelle revirement de jurisprudence.

- b) L'ordre administratif

L'objet des juridictions des droits administratifs ont pour mission de juger l'activité de l'administration. Parce que l'on dit au terme d'une formule célèbre « juger l'administration c'est encore administrer. ». Le juge administratif tranche les litiges entre les administrations et les particuliers.

Le conseil d'état qui est la juridiction suprême dans l'ordre administratif, c'est aussi une juridiction du premier degré.

Le conseil d'état c'est aussi un organe gouvernemental.

Tribunaux administratifs : Premier degré

Cour administrative d'appel : Second degré

### c) Le conseil constitutionnel.

C'est un organe qui dispose du pouvoir de contrôler la conformité des lois à la constitution. C'est un contrôle qui a lieu avant la promulgation des lois. Il n'existe pas d'exception d'inconstitutionnalité. C'est le mécanisme au terme duquel un citoyen pourrait au cours d'un litige saisir le conseil constitutionnel en arguant de l'inconstitutionnalité d'une loi. Les citoyens ne peuvent pas saisir le conseil constitutionnel. La saisie du conseil se fait de deux moyens :

-par les plus hautes personnalités de l'état : président de la république, premier ministre, président de l'assemblée.

-saisie parlementaire : par 60 députés ou 60 sénateurs.

Il faut aussi évoquer le tribunal des conflits qui est une juridiction chargée de trancher les conflits de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Il est impossible désormais d'avoir des délits de justice.

### 2) Les juridictions de l'ordre extra étatique.

Cour de justice des communautés européennes, cour européenne des droits de l'homme, la cour internationale de justice.

### B) La décision de justice.

#### 1) Conditions

Deux types de conditions, pour que se forme une décision de justice :

##### a) Délai :

L'obtention d'une décision de justice passe au préalable par une action en justice, cette action en justice est soumise à des conditions d'ordre temporelle, de sorte qu'on peut dire que l'illégalité ou le non respect du droit n'a qu'un temps. Avec le temps, le droit impose lui-même l'inaction, c'est-à-dire qu'au bout de l'écoulement d'un certain délai le citoyen ne peut plus agir en justice. Il ne peut plus faire valoir ces droits, le citoyen est forclo comme s'il n'avait plus de droit.

Une situation contraire au droit peut devenir une situation acquise, (prescription de l'action). Principe que les droits subjectifs se perdent par un principe prolongé. On ne peut plus agir pour faire valoir ce droit, c'est l'action qui est éteinte. Hors l'action en justice s'oppose à l'exception, la prescription concerne l'action. Ce droit pourra parfois revivre par voie d'exception. En droit civil la prescription de droit commun est trentenaire. En droit pénal, 10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits, un an pour les contraventions. Il existe des prescriptions spéciales dont le délai est plus réduit notamment en matière de procédure. Délai

prefix (interdiction de suspension). Connaître le délai n'est pas le plus important il faut connaître le mode de computation (le point de départ). Parfois le plus court c'est le plus long.  
Ex : L'action en nullité pour dol (conclure un contrat suite à mensonge d'une partie) se prescrit par 5 ans. Le délai de prescription commence le jour du dol, il suffit qu'il soit découvert 26 ans après le contrat. Au total on aura eu 31 ans pour attaquer.  
Deuxième type de condition de la décision de justice.

- A) Les délais
- B) La preuve

### 1) La charge de la preuve

Il s'agit de déterminer qui doit supporter la charge de la preuve. Si l'acteur sur qui pèse la charge de la preuve échoue, sa prétention en sera rejetée. « Idem est non esse aut non probari »  
La détermination du fardeau de la preuve obéit à quelques règles simples, elles viennent du droit romain et on les retrouve dans le code civil (art 1315) « celui qui prétends avoir un droit doit le prouver »/Actor incunbit probatio « La preuve incombe au demandeur ».

En somme, celui excite deviens demandeur.

Dans certaines hypothèses la loi prévoit une dérogation au principe selon lequel chaque partie doit prouver les faits nécessaires au succès de ces prétentions.

Le demandeur se trouve dispensé de prouver ses prétentions par application de ce que l'on appelle une présomption légale. (Art 1349 du code civil, les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu.). La présomption instaure une sorte de dispense de preuve lorsqu'elle rend la démonstration du droit inutile devant le juge. Vous êtes présumer propriétaire de ce que vous posséder. L'enfant né pendant le mariage est présumé avoir pour père, le mari.

Il y a un déplacement de l'objet de la preuve. Le droit à léguer est indirectement prouvé par la démonstration d'un fait qui rend son existence probable.

Si la présomption n'existait pas il faudrait prouver la procréation, comme c'est difficile prouver on déplace la preuve qui est le mariage.

Certaines présomptions sont dites simples, elles peuvent être renversées par la preuve contraire.

Autre type de présomption, la présomption d'innocence. En présence d'une présomption simple on peut affirmer que la présomption déplace l'objet et la charge de la preuve. D'autres présomptions ne peuvent être renversées par la preuve contraire (présomption irréfragable)

Ex : Une décision de justice lorsqu'il n'y a plus de recours est la vérité de manière irréfragable.

Le vendeur professionnel doit irréfragablement connaître les vices de l'objet vendus.

### 2) Les modes de preuves.

-les procédés : Certaines preuves en droit sont très constituées, c'est-à-dire qu'elles sont constituées avant qu'on est à démontrer un fait devant le juge. Les preuves constituées sont les actes écrits. On les appelle « instrumentum ».

L'acte authentique est défini à l'article 1317 du code civil, c'est celui qui a été reçu par les officiers publics (notaire). La forme de l'acte authentique est précisément réglementée.

Désormais l'acte authentique peut être dressé par support électronique. L'acte authentique est l'écrit qui dispose de la preuve probante, c'est la preuve parfaite.

L'acte sous seing privé, c'est l'acte qui figure à l'article 1322 du code civil, c'est celui qui est établi par les parties elle-même. Il est astreint à peu de conditions formelles excepté la signature des parties. En revanche afin d'assurer sa force probante la loi fixe un certain nombre de règles qui concernent la reproduction des actes au seing privé, la plus importante, art 1225 « en matière de convention il faut autant d'actes originaux qu'il y a de parties à la convention. »

La force probante est un peu moins forte que l'acte authentique mais reste une preuve parfaite dans la mesure où celui à qui on oppose l'acte au seing privé qu'il a signé est obligé d'avouer ou de désavouer son écriture et sa signature.

Les autres moyens de preuve :

-Les témoignages, mode de preuve qui n'est pas parfait mais objectif fait par un tiers qui est supposé impartial. Les témoins déposent oralement au cours du procès sur des faits dont ils ont une connaissance personnelle.

Le témoin prête serment ce qui ajoute à sa crédibilité et alourdit les peines en cas de faux témoignages. Autre mode de preuve, preuve subjective qui émane de l'une des parties du procès : l'aveu est la déclaration par laquelle une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable et qui est un fait allégué par son adversaire.

L'aveu est traité à l'article 1354 du code civil.

L'aveu peut également être extrajudiciaire.

Autre mode de preuve subjectif : Le serment.

C'est la déclaration solennelle d'un fait qui lui est favorable à cette partie elle-même. Le serment peut être l'ultime recours. Le serment peut être d'abord décisoire lorsqu'il est déféré par une partie à l'autre partie. Il espère ainsi que l'autre partie dira la vérité.

Le serment peut être encore déféré d'office par le juge, c'est alors le juge qui demande à l'une des parties de prêter serment. Si la partie contre laquelle le serment est déféré refuse de prêter serment alors la preuve est faite contre cette partie.

Admission des différents modes de preuve. Les modes de preuve n'ont pas tous la même force. Ils ne sont pas admissibles pour toutes les matières. Les actes juridiques doivent être prouvés par écrit. Cette exigence a lieu pour les actes dont les enjeux financiers dépassent une certaine somme fixée par décret.

En dessous de ce plafond les actes juridiques peuvent être fixés par coût moyen. Néanmoins il peut arriver que cette preuve écrite n'est pas été préconstituée. Alors l'article 1347 prévoit exception lorsque existe un commencement de preuve par écrits.

Autre type d'exception qui permet de se passer de l'écrit probatoire, impossibilité matérielle morale de se procurer un écrit. On peut alors prouver par tous moyens.

Ex : Vente d'eau de vie en Charente.

Reste que l'aveu suppléte la preuve par écrits. L'aveu est au sommet de la hiérarchie des preuves. En matière de fait juridique la preuve est libre, tous les modes de preuve sont possibles.

## 2) Les effets de la décision de justice.

L'effet principal de la décision de justice est doté de l'autorité de la chose jugée. C'est la force obligatoire de la décision de justice. La décision de justice est assortie de la contrainte étatique (autorité de la chose jugée).

On ne pourra pas revenir sur ce qui a déjà été jugé. On ne peut pas la modifier, elle s'impose. L'autorité de la chose jugée est relative à l'affaire en question. Une autre décision de justice ne peut remettre en cause. Les conditions :

Une autre décision de justice ne peut remettre en cause. Les conditions :

- même objet
- même cause
- même partie

L'objet c'est la demande, la cause.

Une décision doit être exécutée mais elle est parfois susceptible de recours. Une décision en première instance est une décision de justice, mais elle a aussi la possibilité d'interjeter

l'appel. Sont seules doté de la force de chose jugé, les décisions qui ne sont pas susceptible de recours, soit que les délais de recours soit expiré, soit qu'on soit en présence d'une décision de justice définitive.

En droit français le cheminement est le suivant :

-Décision rendu par le tribunal de grande instance (TGI) (autorité)

-Décision de la cour d'appel (autorité)

-Cour de cassation (soit elle rejette le pourvoi et donc la décision de la cour d'appel à force de chose jugé, il n'y a plus de recours ; soit elle casse l'arrêt et renvoie vers une autre cour d'appel qui renvoie un nouvel arrêt, à partir de là soit la cour d'appel suit la cour de cassation en droit et donc décision de justice définitive, soit résistance de la deuxième cour d'appel et nouveau pourvoi en cassation qui est alors obligé de se rassembler en assemblée plénière. Si elle casse de nouveau renvoyé vers une troisième cour d'appel qui doit se conformer à la cour d'appel.