

► Fiche 1 LA NOTION DE SOURCES DE DROIT

A. La définition de la règle de droit

1) La distinction entre le droit objectif et les droits subjectifs est importante. Le **droit objectif** comprend l'ensemble des règles de droit et non pas uniquement les lois votées par le Parlement. Toute disposition, ayant une valeur normative, constitue donc le droit objectif. Par contre, on appelle **droits subjectifs**, les droits individuels découlant du droit objectif. Ce sont donc les prérogatives, conférées à chaque individu. Toute personne a nécessairement des droits subjectifs, car elle est apte à être titulaire, de droits et d'obligations. Ces droits subjectifs découlent de la règle de droit.

2) La loi se distingue par ses caractères. Elle est **générale, permanente, obligatoire, abstraite** et elle émane de l'autorité publique.

La loi est connue de tous en vertu de sa publication et très souvent de sa codification. Nul n'est censé l'ignorer et ne peut ainsi se soustraire à son application. Toute méconnaissance de la loi expose à des sanctions civiles ou pénales.

Si la loi est obligatoire, elle n'est pas nécessairement impérative. La loi peut être impérative ou supplétive. Lorsqu'elle est supplétive, elle ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire des parties. On dit alors de la loi qu'elle est supplétive de volonté. Les titulaires des droits subjectifs peuvent en effet, écarter les dispositions d'une loi supplétive. Une manifestation de volonté en ce sens est obligatoire. Sont supplétives les lois qui ne sont pas d'ordre public et qui concernent des droits dont les parties ont la libre disposition. Les lois impératives s'imposent toujours et les parties ne peuvent y déroger. La loi est contraignante et son application est sanctionnée par l'autorité publique, laquelle soit impose une obligation, soit confère un droit qui doit être respecté par autrui.

Le non-respect de la règle de droit trouve sa sanction dans l'exercice du pouvoir judiciaire. Le rôle du juge est d'assurer le respect de la règle de droit.

B. La distinction de la règle de droit et des autres règles

1) Les règles de bienséance, les règles morales ou religieuses doivent être distinguées des règles de droit. Les **règles de bienséance** reposent sur un code de bonne conduite. Elles ne s'imposent que dans les rapports individuels et traduisent une marque de respect. Elles ne font pas l'objet d'une sanction étatique, mais d'une sanction morale et collective. La société réprime le non-respect des règles de bienséance. Dans un restaurant, le pourboire n'est pas obligatoire, mais il est d'usage de laisser un pourboire. Il en va de même des règles protocolaires qui s'imposent

dans certains milieux, sans pour autant avoir de force contraignante, si ce n'est au regard de l'opinion collective.

Le non-respect des règles de bienséance ou protocolaires est sanctionné par la réprobation générale, mais aucune sanction étatique n'est applicable.

Les **règles morales ou religieuses** ne sont pas plus contraignantes au regard de l'autorité. Elles s'imposent cependant, à chaque individu, au plus profond de sa conscience. C'est là encore, une sanction personnelle et intérieure, qui renvoie tout individu, aux règles morales ou religieuses. L'application de cette sanction ou plutôt son ressenti, dépend alors, uniquement des croyances de chacun ou de ses valeurs morales.

Mais, les règles religieuses reposant sur les croyances individuelles se distinguent des règles morales ou de bienséance.

En effet, la religion impose également sa loi et dans certaines sociétés ou dans certains domaines, le droit laïc cohabite avec le droit « religieux ».

Enfin, certains pays tirent leurs lois, de la religion d'État. D'ailleurs, sous l'Ancien Régime, le droit canon pénétrait incontestablement la société civile et non seulement influençait, mais encore continuera pendant longtemps, à influencer le droit.

2) Morale et droit entretiennent des relations certaines.

Pour Kant, **droit** et **morale** s'opposent, tant par leur finalité que par leur sanction. Le droit a une finalité sociale, alors que la morale a une finalité individuelle. Le non-respect du droit est sanctionné et celui de la morale, non. Ripert devait opposer un démenti flagrant à cette théorie en relevant, que la morale imprègne nécessairement le droit.

Il est vrai que la contrainte étatique, distingue, sans conteste, la morale du droit. Il est vrai aussi, que toute règle de droit ne participe pas de la morale, et que toute règle morale n'est pas nécessairement prise en compte par le droit. Néanmoins, l'autonomie n'est pas totale et le droit se réfère très souvent à la morale. C'est ainsi, que l'article 6 du code civil dispose qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». En outre, l'article 1134 du code civil prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Or, la bonne foi s'apprécie au regard de la morale. Enfin, et toujours à titre d'exemple, il est incontestable que les lois sur la bioéthique de 1994 ont pris en compte la morale pour réglementer ou interdire certaines pratiques, comme les expérimentations sur le corps humain, le clonage ou les conventions de mère porteuse.

► Fiche 2 LES SOURCES ÉCRITES DU DROIT

A. Les sources internes

1) **La Constitution** figure au rang le plus élevé des sources écrites, ce avec les autres sources à valeur constitutionnelle, telles que les préambules. Texte fondateur de la V^e République, la Constitution qui date du 4 octobre 1958 a été modifiée 23 fois. Elle renvoie à trois textes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la charte de l'environnement de 2004 laquelle dispose dans son article 1 que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et dans son article 2, que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

2) Les autres sources écrites du droit sont la loi et les règlements. **La loi** est la règle de droit votée par le Parlement. Sa conformité à la Constitution est appréciée par le Conseil constitutionnel. L'article 34 de la Constitution tel que rédigé depuis la révision du 23 juillet 2008 détermine les matières réservées à la loi. Il est ainsi prévu que la loi fixe les règles concernant notamment, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté ; le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures et le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant : le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé et ainsi que le dernier alinéa de précise l'article 34, elle détermine, les principes de l'organisation générale de la défense nationale ; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; de la préservation de l'environnement ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

L'article 37 prévoit quant à lui : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

Les dispositions réglementaires à valeur normative sont les règlements.

Les règlements émanent du pouvoir exécutif. Il peut s'agir de décrets du président de la République ou du Premier ministre, d'arrêtés ministériels, préfectoraux ou municipaux.

Cependant, tous les décrets ou arrêtés n'ont pas le caractère de règles de droit. Il en va ainsi des décrets concernant une situation individuelle.

Enfin, **les ordonnances** relèvent de l'article 38 de la Constitution qui prévoit que le Gouvernement peut demander au Parlement de prendre des ordonnances, dans des domaines relevant de la loi.

B. Les sources internationales

1) Il s'agit des **traités internationaux**, signés entre plusieurs États, dont la négociation et la ratification relèvent des pouvoirs du président de la République, avec éventuellement, autorisation du Parlement. Selon l'article 55 de la Constitution, les traités ou accords, régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve, de réciprocité, c'est-à-dire de leur application par l'autre partie.

2) Le **droit de l'Union européenne** est issu du traité de Rome du 25 mars 1957 qui a institué la Communauté économique européenne comprenant actuellement, 27 États membres et appelée Union européenne depuis le traité de Maastricht du 7 février 1992. Il vise essentiellement la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux entre les États membres.

Outre différents traités, le droit de l'Union européenne repose sur des **textes dérivés** émanant du Conseil et du **Parlement** de l'Union européenne. Il s'agit : des règlements, actes supranationaux, applicables dans tout État membre, des directives qui imposent aux autorités nationales des États membres, des résultats à atteindre, mais leur laissent toute liberté, quant à la mise œuvre des moyens nécessaires et des décisions qui sont obligatoires, mais destinées, soit à un état, soit à des particuliers. Avis et recommandations ne sont pas considérés comme des sources du droit, car ils n'ont pas de force obligatoire.

Le respect du droit de l'Union européenne est assuré par le Tribunal de première instance et la Cour de justice de l'Union européenne.

Le **droit européen** émane du Conseil de l'Europe et concerne essentiellement l'unification des droits fondamentaux des personnes et leur protection. Le texte le plus important est la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950. Le respect de ce droit est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme.

► Fiche 3 LA PLACE DU DROIT INTERNATIONAL

A. La reconnaissance de la valeur normative du droit international

1) L'article 55 de la Constitution prévoit expressément la supériorité du droit international sur les lois internes.

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser le fondement de la valeur normative propre du droit communautaire en droit interne, et ce, en plus de la référence à l'article 55 de la Constitution, fondement qui n'a jamais été contesté par les juridictions françaises.

Elle se fonde ainsi sur le transfert de compétence accepté par les États membres et sur la spécificité de l'ordre juridique créé.

2) La reconnaissance de la valeur normative du droit de l'Union européenne en droit interne est le plus souvent directe. Il en va ainsi des traités institutifs, en raison même de leur nature, et des règlements en vertu d'une disposition explicite des traités. Il reste cependant que le problème se pose concernant les décisions et directives qui doivent faire l'objet de mesures d'exécution par tous les États membres. Ces mesures d'exécution vont en effet assurer leur réception dans l'ordre juridique interne. Sur ce point, on relève toutefois une divergence de jurisprudence entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions françaises. Dans une décision société Sace du 17 décembre 1970, la Cour de justice de l'Union européenne (à l'époque Cour de justice des Communautés européennes) a considéré que l'application directe des directives et des décisions était possible. Elle a, par ailleurs, précisé que l'applicabilité directe des directives, ne peut pas être refusée systématiquement et que sa reconnaissance dépend des caractères propres à chaque directive. Elle distingue ainsi, entre celles qui ont un caractère réglementaire, qui sont donc suffisamment précises pour être appliquées et celles qui ne l'ont pas. Elle leur reconnaît ainsi, un effet direct, chaque fois que l'objectif fixé par une directive ne suppose pour être atteint, aucune disposition particulière, quant à la forme et aux moyens. La jurisprudence française a été longtemps marquée par un principe important rendu par le Conseil d'État le 22 décembre 1978, arrêt Cohn-Bendit. Dans cette décision, le Conseil d'État avait clairement refusé tout effet direct aux directives.

Cependant, le Conseil d'État a modifié sa position. C'est ainsi que, dans une décision du 30 octobre 2009, arrêt Perreux, il a retenu que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».

B. La place du droit international dans la hiérarchie des normes

1) Le **principe de la primauté** du droit de l'Union européenne et international trouve bien évidemment son fondement, dans l'article 55 de la Constitution, mais aussi dans de nombreuses décisions et notamment, pour le second, de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il en résulte que le droit international ou de l'Union européenne doit prévaloir sur les normes internes, préexistantes et postérieures, lorsqu'il y a contrariété entre ces deux sources de droit.

2) En cas de **divergence** flagrante, avec la Constitution, le droit international ou de l'Union européenne ne saurait être intégré au droit français qu'après une réforme constitutionnelle.

Lorsque le droit de l'Union européenne se trouve en contradiction, soit avec des règlements, soit avec des lois antérieures, les lois et règlements antérieurs sont purement et simplement réputés abrogés. Par contre en cas de conflit entre le droit international ou de l'Union européenne et des lois internes postérieures, le problème était plus délicat à résoudre. En effet, s'agissant des règlements postérieurs au droit de l'Union européenne, le juge français, qu'il s'agisse du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, a la possibilité de les écarter, soit par la voie de l'exception d'illégalité mise à la disposition du juge judiciaire, soit par le biais d'un recours en annulation devant le juge administratif. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une loi postérieure, l'application du principe de la primauté du droit de l'Union européenne, sur le droit interne, se heurtait à un principe traditionnel en France, qui est le refus, par le juge interne, d'exercer tout contrôle sur la validité des lois.

Le juge français est en effet subordonné à la loi et le seul recours contre une loi est le recours devant le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel a cependant estimé que le contrôle de la conformité des lois au droit international ou communautaire ne relevait pas de sa compétence, dans la mesure où il est seulement, chargé de contrôler la constitutionnalité des lois.

La Cour de cassation et le Conseil d'État se devaient alors de réagir. C'est ainsi que, par une décision du 24 mai 1975, décision Jacques Vabre, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a, pour la première fois, accepté de faire prévaloir, une disposition communautaire, sur une loi interne, postérieure et contraire.

Le Conseil d'État restait cependant fidèle à sa position de principe, adoptée dans un arrêt du 1^{er} mars 1968, arrêt syndical général des fabricants de semoules de France, et refusait de sanctionner une loi contraire à un traité. Il faudra attendre l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989, pour que le Conseil d'État se rallie à la position adoptée par la Cour de cassation.

► Fiche 4 LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

A. La portée de l'article 2 du code civil

1) Le principe fondamental affirmé par l'article 2 du code civil est, bien évidemment, celui de la **non-rétroactivité** des lois. Il est manifeste que les rédacteurs du code civil ont entendu réagir contre les lois de la Révolution et les désordres engendrés par celles de ces lois qui avaient été rétroactives, telle la loi du 6 janvier 1794 relative aux successions. On imagine aisément le bouleversement pouvant résulter de la mise en œuvre de dispositions législatives nouvelles déclarées expressément rétroactives et l'insécurité juridique qui peut en résulter, dans la mesure où chacun peut s'attendre à voir remis en cause, d'un jour à l'autre, par l'effet d'une loi nouvelle, les droits qui lui sont aujourd'hui reconnus.

2) Si le principe de non-rétroactivité des lois consacré par l'article 2 du code civil, apparaît comme un principe fondamental, garant de la sécurité juridique et des intérêts de chacun, il convient de remarquer que **ce principe n'est pas absolu** et ce, pour une raison majeure : **il n'a pas de valeur constitutionnelle**.

Ce principe est donc relatif et il supporte des exceptions. La première exception tient au fait que le principe de non-rétroactivité, en matière civile, n'est énoncé que par l'article 2 du code civil, lequel n'est qu'une loi ordinaire. Il en résulte que, seul le juge est lié par le principe de non-rétroactivité et non le législateur qui peut expressément déclarer une loi rétroactive.

Certaines lois sont, en outre, rétroactives de par leur nature. Il en va ainsi des lois pénales plus douces, c'est-à-dire des lois pénales supprimant une infraction ou diminuant la peine encourue. La rétroactivité des lois pénales a d'ailleurs une valeur constitutionnelle, ainsi que l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans une décision rendue en 1981. La loi pénale plus sévère ne l'est cependant jamais, sauf celles concernant les crimes contre l'humanité. Sont aussi rétroactives par nature, les lois interprétatives, par lesquelles le législateur, précisant sa volonté édicte une nouvelle loi faisant corps avec l'ancienne et ayant donc la même sphère d'application. Sont aussi rétroactives par nature, les lois de validation et les lois de procédure.

B. L'interprétation de l'article 2 du code civil

1) Les solutions jurisprudentielles actuelles trouvent, pour l'essentiel, leur fondement dans deux conceptions doctrinales.

La première théorie doctrinale, appelée la **théorie classique**, dite des **droits acquis**, considérait que la loi nouvelle ne pouvait s'appliquer qu'à de simples expectatives, c'est-à-dire à des droits futurs, escomptés par les parties. Par exemple, en application de cette théorie, des conjoints auraient pu continuer à se prévaloir des effets de la loi régissant le divorce, au jour de leur mariage, et ce pendant toute leur vie. Cette théorie des droits acquis présentait, l'inconvénient de bloquer l'évolution législative, nécessaire à l'évolution de la société.

La deuxième théorie, dite **théorie moderne**, encore appelée **théorie de l'effet immédiat** a été dégagée par le doyen **Roubier** au début du XX^e siècle. Elle prôna l'application immédiate de la loi nouvelle, à toutes les situations, non encore créées, au jour de son entrée en vigueur. Cette théorie a eu aussi pour conséquence de dégager le principe de l'effet immédiat, de la loi nouvelle, aux effets à venir, de toutes les situations anciennes, donc déjà créées, et soit en cours de constitution, soit en cours de réalisation.

Ainsi, lorsqu'une loi est venue modifier les droits des enfants naturels, les enfants naturels déjà nés, au moment de l'entrée en vigueur de cette loi, ont pu s'en prévaloir, pour les effets à venir de leur situation.

La théorie du doyen Roubier a enfin eu, pour conséquence, d'opérer une distinction importante, entre les situations légales et les situations contractuelles.

En effet, selon cette théorie, lorsque la loi nouvelle concerne une **situation légale**, elle est toujours d'**application immédiate**. Par contre, si elle intervient **en matière contractuelle**, l'application de la loi nouvelle ne concerne que les contrats non encore conclus, et le principe est celui de la **survie de la loi ancienne**.

2) La théorie du doyen Roubier a reçu l'adhésion de la jurisprudence.

En matière contractuelle, la survie de la loi ancienne s'est imposée dans le souci de respecter la volonté des parties, lesquelles, ayant conclu sous l'empire d'une loi sont en droit d'attendre, que leur situation soit régie, conformément à cette loi. Ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la jurisprudence admet que ce principe supporte des **exceptions**. La loi nouvelle peut en effet être immédiatement applicable, en matière contractuelle, si le législateur l'a prévu expressément ou lorsque cette loi nouvelle touche un domaine d'ordre public dont le caractère particulièrement impérieux est implicite. Sont ainsi pratiquement toujours d'application immédiate, les lois nouvelles intervenant en droit du travail ou dans le domaine des baux d'habitation.