

## CHAPITRE 1

# Les sources du Droit

Au-delà des *sources trompeuses*, les *sources véritables* se dévoilent.

### SECTION 1.

## LES SOURCES TROMPEUSES

Le Droit ne trouve sa source *ni exclusivement dans la Loi, ni automatiquement dans la morale*.

Le Droit n'est pas la Loi. Si la Loi crée effectivement des règles, elle n'est pas la seule... Ainsi, par exemple, lorsqu'il doit trancher un litige et que le Code civil ne fournit pas de réponse, le juge est pourtant contraint de rendre une décision<sup>1</sup>... Ce faisant, il crée du Droit (la jurisprudence). Retenez donc bien ceci : *le Droit est plus grand que la Loi*.

Le Droit n'est pas la morale. La morale est une dimension étrangère au Droit, à la fois plus grande et plus petite que lui. Pour le comprendre, il faut ici utiliser les enseignements de la philosophie du Droit... *deux courants de pensée s'y affrontent* : la *doctrine<sup>2</sup> du droit naturel* (GROTIUS, ARISTOTE ET SAINT THOMAS D'AQUIN), selon laquelle il existe un droit universel et immuable fondé sur des valeurs supérieures : équité, justice, liberté... et la *doctrine du positivisme* (COMTE, Kelsen ou IHERING), selon laquelle le droit est un ensemble de règles obligatoires dès lors qu'elles sont — arbitrairement — créées et sanctionnées par l'État.

**Remarque :** *Aucune de ces deux doctrines n'est meilleure que l'autre.*

D'une part, *le législateur* (c'est-à-dire celui qui produit la Loi) est à la fois *positiviste* lorsqu'il enjoint de « faire ce qu'il dit », sans se préoccuper de savoir si c'est juste ou pas, et *jus naturaliste* puisque nombre des règles qu'il édicte sont justes (ex. : 1240 C. civ., prohibition du meurtre...).

D'autre part, *le juge* (c'est-à-dire celui qui est appelé à appliquer la Loi) est en même temps *positiviste* (puisque'il ne peut écarter la règle qu'il doit appliquer) et *jus naturaliste* (car il juge en équité lorsque le texte qu'il doit appliquer est obscur ou incomplet).

Souvenez-vous donc que *morale et droit ne peuvent être confondus* : certaines règles sont *purement morales* (ex. : s'abstenir de toute intention de nuire<sup>3</sup>), et d'autres *purement juridiques* (ex. : rouler à droite).

1. Sous peine de se rendre coupable de déni de justice (art. 4 C. civ.).

2. En Droit, la *doctrine* s'entend de l'ensemble des opinions émises par les auteurs sur un sujet donné.

3. Même, le cas échéant, en exerçant son droit... (v. *infra*, p. 44.)

Peut-être commencez-vous de discerner que le Droit constitue une grille de lecture de la réalité, un filtre par lequel le juriste observe la même réalité que l'homme de la rue, mais en y voyant les choses et les êtres de façon toute différente. Quand un chien court sur le bord de la route, le *quidam* se dit : « Oh... le pauvre chien abandonné ! » tandis que le juriste se demande si ce n'est pas là une *res derelictae*, c'est-à-dire une « chose<sup>1</sup> abandonnée susceptible d'appropriation par simple *occupation*<sup>2</sup> ».

## SECTION 2. LES SOURCES VÉRITABLES

L'étude des sources du Droit — fût-il civil — constitue plutôt un territoire réservé au Droit public<sup>3</sup>, car elle concerne l'ordonnement des règles édictées par les autorités détentrices de la puissance publique. Il reste qu'une introduction au Droit civil ne peut en faire l'économie.

*D'où provient le Droit civil OÙ le trouve-t-on ?*

La première réponse qui vient à l'esprit est : *dans le Code civil...* c'est exact mais insuffisant car *d'autres normes* sont porteuses de règles de Droit civil.

*Certaines normes sont écrites et incontestées* tandis que *d'autres sont non-écrites ou contestées*.

### §1 Les normes écrites et incontestées

La plupart<sup>4</sup> des normes sont *écrites* et *incontestées*. En ce qui les concerne, elles sont *hiérarchisées*, c'est-à-dire classées par ordre d'importance afin que l'on sache, lorsqu'elles se contredisent, laquelle doit être appliquée. C'est ce que l'on nomme la hiérarchie des normes<sup>5</sup>.

Tout en haut de cette hiérarchie est *la Constitution du 4 octobre 1958*. On lui assimile notamment<sup>6</sup> la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

1. Sa réponse serait négative à s'en tenir au fait que, désormais, les animaux ne sont plus des choses mais « des êtres vivants doués de sensibilité. » (515-14 C. civ.). Pour autant, les animaux demeurent globalement soumis au régime des biens (« sauf les lois qui les protègent »).

2. Sur cette notion V. *infra*, p. 53.

3. V. *infra*, p. 401 et s.

4. En Droit, on doit se montrer prudent en ne s'abandonnant pas à la généralisation. Ainsi par exemple : la coutume constitue une norme *non écrite* ; la jurisprudence demeure une norme parfois *contestée*... V. *infra*, p. 21.

5. V. aussi *infra*, « Droit public », p. 415.

6. Mais également le préambule de la Constitution de 1945, la Charte de l'Environnement de 2006,...

En dessous de la Constitution, l'article 55 C° prévoit que viennent immédiatement *les normes internationales<sup>1</sup> ou communautaires* (traités, règlements communautaires et directives communautaires)... Celles-ci traitent parfois de questions civiles (ex. : la directive communautaire de 1985 sur les produits défectueux).

Sous les normes communautaires viennent *les lois*. C'est l'article 34 C° qui énumère toutes les questions qui ne peuvent être régies que par une loi (un « règlement » ne suffirait donc pas). Ressortissent au domaine législatif, non seulement les lois qui sont votées tous les jours par le Parlement, mais aussi tous les Codes dans lesquels elles viennent s'insérer (ex. : le Code civil).

*Le Code civil*, successivement appelé Code des Français puis Code Napoléon, date du 21 mars 1804. Il résulte de l'initiative de NAPOLÉON BONAPARTE et du travail de rédaction de quatre éminents juristes : BIGOT DE PRÉAMENEU, PORTALIS, TRONCHET et MALEVILLE. *Dans la forme*, le Code civil prétend abroger toutes les normes antérieures. *Sur le fond*, il reprend pourtant substantiellement certaines solutions du droit romain, des anciennes coutumes de France, des ordonnances des rois et des lois formulées par les grandes assemblées de la Révolution. Depuis sa rédaction initiale, beaucoup de lois sont venues soit modifier la formulation de certains de ses articles, soit ajouter certains articles (ex. : l'art. 1386-1 C. civ.<sup>2</sup> sur la responsabilité du fait des produits défectueux résulte d'une loi du 19 mai 1998, dont le but était de transposer en droit interne la directive communautaire de 1985), soit — ce qui est assez maladroit — les déplacer (ex. : la règle « en fait de meuble la possession vaut titre », que chacun s'était habitué à trouver à l'art. 2279 C. civ. depuis 204 ans, a été déportée à l'art. 2276 C. civ. à la faveur de la réforme de la prescription intervenue en 2008...).

Sous les lois se trouvent *les règlements*, qui émanent du pouvoir exécutif, et dont le domaine de compétence est prévu (par défaut) à l'article 37 C°. Il en existe deux sortes : les *décrets* (décret en Conseil d'État, décret simple) et les *arrêtés* (arrêté ministériel, arrêté préfectoral).

## §2 Les normes non-écrites ou contestées

Certaines normes sont non-écrites et leur valeur variable (ex. : coutume), ou bien écrites et leur valeur contestée (ex. : la jurisprudence, la doctrine).

*La coutume* est une règle constituée par les habitudes prises par les collectivités des sujets de droits avec la conviction qu'elles sont juridiquement obligatoires.

*La jurisprudence* désigne l'ensemble des décisions rendues par les juridictions à propos d'une question de droit. Elle est donc l'application du Droit par les

1. Pourvu que la France y soit partie, c'est-à-dire les ait ratifiées...

2. Temporairement devenu 1245 C. Civ. V. *infra*, p. 252.

juges, notamment la Cour de cassation<sup>1</sup>. Par conséquent, la jurisprudence fait partie intégrante du Droit... d'autant qu'on y trouve parfois des solutions à des questions à propos desquelles la Loi reste muette<sup>2</sup>.

*La doctrine* est le nom donné à l'ensemble des écrits publiés et des enseignements professés à propos des lois, de la jurisprudence ou des concepts juridiques. L'ignorer serait regrettable car, d'une part, elle est *bien souvent à l'initiative de réformes* et, d'autre part, *le Droit n'est pas le Droit mais ce qu'on enseigne qu'il est*.

Remarque: Ainsi que vous l'avez désormais compris, *connaître le Droit, ce n'est pas seulement connaître la Loi*.

Comme autant de racines, les sources que nous venons de recenser s'avèrent extrêmement fertiles et nourrissent des branches du Droit qui ne cessent de s'étendre et se multiplier de façon fractale.

## CHAPITRE 2

# Les branches du Droit

Par commodité pédagogique<sup>3</sup>, le Droit objectif est divisé en deux branches :

- ✓ la première est appelée *Droit public*<sup>4</sup>;
- ✓ la seconde est appelée *Droit privé*. Ce dernier régit tous les rapports des particuliers entre eux, qu'ils soient :
  - ⇒ dans une relation *civile* (droit civil) ; ou bien
  - ⇒ dans une relation *spéciale* (droit commercial<sup>5</sup>, droit du travail<sup>6</sup>, droit de la consommation,...).

1. V. T2, « Procédure civile et procédures civiles d'exécution ».

2. Dans ce cas, le Législateur sera parfois blessé que le Juge ait parlé à sa place. Ainsi en sera-t-il en particulier lorsque ce dernier a retenu une solution qu'il n'approuve pas. Une loi viendra alors très vite briser ladite jurisprudence afin d'éviter qu'elle ne prolifère dans d'autres espèces. Ex. : la loi du 4 mars 2002, (dite loi « anti-Perruche ») votée en réaction à l'arrêt de l'AP du 17 nov. 2000, dit arrêt Perruche (n° 99-13701).

3. Classer le Droit fiscal ou le Droit pénal en l'une ou l'autre branche reste assez arbitraire en effet...

4. Son étude commencera plus loin. V. *infra*, p. 401 et s.

5. V. *infra*, p. 271 et s.

6. V. T2, « Droit social ».

Le droit civil est donc une branche du Droit privé. Il est en effet le droit applicable par défaut à toutes les personnes privées — ce pourquoi on le nomme également « *droit commun* » —, à moins qu'un droit « plus spécifique » (*droit spécial* ou « *droit d'exception* ») d'une part ne revendique son application (ex. : parce que telle partie agissait en sa qualité de commerçant, de salarié, etc.) et, d'autre part, ait estimé utile de prévoir une règle dérogatoire<sup>1</sup> au droit commun.

Le droit civil est la branche fondamentale du droit privé. Deux raisons lui donnent ainsi une « valeur méthodologique irremplaçable<sup>2</sup> ».

La première raison est que le droit civil constitue le premier ensemble de règles qui ait été établi par les hommes. « Prototype »<sup>3</sup>, son empire naturel s'étend à tous, sans distinction. Le droit civil est le droit des premiers tâtonnements et des premiers choix de règle.

La deuxième raison est que le droit civil rayonne dans tout le droit privé tel un modèle. « Archétype »<sup>4</sup>, il n'incarne pas seulement le noyau du droit privé, il constitue également la source à laquelle les droits spéciaux reviennent s'abreuver. Ainsi « le droit pénal, le droit du travail, le droit commercial, le droit administratif doivent à un moment ou un autre venir puiser dans les catégories civilistes pour définir leur identité et marquer leurs différences<sup>5</sup>. »

Remarque: En tant que *modèle*, le droit civil rayonne d'ailleurs *jusqu'à pénétrer même le droit public*. Souvenons-nous, par exemple, que la responsabilité administrative n'est qu'une responsabilité civile dérivée.

Le droit civil suppose l'étude :

- ✓ du *droit des personnes* (personnalité, état civil, nom, domicile, incapacités);
- ✓ du *droit de la famille* (mariage, divorce, PACS, concubinage, filiation);
- ✓ du *droit des biens* (patrimoine en général, propriété et autres droits réels);
- ✓ du *droit des sûretés* (*sûretés personnelles* telles que le cautionnement ou la garantie à première demande; *sûretés réelles* telles que les privilèges, l'hypothèque, le gage, le nantissement, le droit de rétention,...);
- ✓ du *droit des obligations* (contrats, responsabilité civile et quasi-contrats);
- ✓ du *droit patrimonial de la famille*<sup>6</sup> (régimes matrimoniaux, successions, libéralités).

1. C'est-à-dire qui écarte la règle qui aurait été applicable en principe.

2. R. ROUVIÈRE, « L'avenir du droit civil », *RTDCiv.* 2019, p. 451.

3. *Ibidem*.

4. *Ibidem*.

5. *Ibidem*.

6. V. T2, « Droit privé notarial ».

## Sous-Titre 2

# Le régime du Droit objectif

« La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 6.

Exposer le régime du « Droit objectif » supposerait de présenter comment il s'élabore et comment il disparaît et, entre les deux, son champ d'application. Mais les questions de l'élaboration et de l'abrogation de la règle de droit constituent le domaine réservé du droit public<sup>1</sup>. C'est pourquoi l'on se bornera à exposer ici le *champ d'application de la loi dans l'espace et dans le temps*.

### CHAPITRE 1

## L'application de la loi dans l'espace

Étonnamment, l'application de la loi dans l'espace n'est pas résolue par un strict *critère spatial*. Dans certains cas, en effet, la loi étrangère a vocation à s'appliquer à une personne pourtant située sur le territoire français (et inversement). En ce cas, seul le recours aux règles du droit international privé permet de déterminer la « nationalité » de la loi compétente.

### SECTION 1.

## L'INSUFFISANCE DU CRITÈRE SPATIAL

À s'en tenir à un strict critère spatial, l'application de la loi dans l'espace est régie par *deux grands principes tourmentés de nuances* :

D'abord, la loi française s'applique uniformément à l'intérieur de son territoire.

*Par principe, à l'intérieur de son territoire, la loi française doit exercer son emprise sur ceux qui y vivent et qui possèdent la nationalité française. C'est ainsi que, sur certaines questions, ceux qui possèdent la nationalité française au moment*

1. Lequel décide qu'une loi est obligatoire à compter de sa publication (c'est-à-dire au jour de son insertion au journal officiel ou un jour franc après) ou, le cas échéant, à une date à laquelle elle choisit de différer son entrée en vigueur et s'éteint par son abrogation.

de l'infraction (et vivent sur le territoire français), ne peuvent faire l'objet d'une extradition (696-4, 1° CPP), ce qui ne heurte pas le principe constitutionnel d'égalité<sup>1</sup>.

*Toutefois*, si la loi française exerce effectivement son empire sur les nationaux qui vivent sur le territoire français,

- ✓ d'une part, *elle ne l'exerce pas nécessairement de manière uniforme*. C'est ainsi que certaines « zones géographiques » françaises (ex. : l'Alsace-Lorraine, les Départements et Régions d'Outre-Mer, etc.) sont assujetties à un régime dérogatoire concernant certaines questions (ex. : certaines régions du sud de la France bénéficiant d'une « tradition locale ininterrompue » sont autorisées à organiser des « spectacles de tauromachie », etc.).
- ✓ d'autre part, *elle ne saurait porter atteinte à l'empire de la loi étrangère prétendant régir le sort de ses nationaux, le cas échéant de passage sur le territoire français*.

Ensuite, la loi française ne s'applique pas à l'extérieur des frontières de son territoire.

*Par principe*, en dehors des frontières de son territoire (de métropole et d'Outre-Mer), la loi française ne doit pas pouvoir s'imposer. Créer la règle de droit est un droit régalien qui appartient à chaque État.

*Par exception*, c'est l'objet du *droit international public* que de déterminer des règles qui, parce qu'elles ont été acceptées par plusieurs États, transcendent les frontières et s'appliquent uniformément à plusieurs territoires. On ne peut pourtant pas dire qu'il s'agisse d'une hypothèse dans laquelle la loi « française » étend son empire au-delà de ses frontières. C'est plutôt une hypothèse dans laquelle la convention de plusieurs États se forge un droit uniforme applicable aux relations qui uniront leurs ressortissants réciproques.

On l'aura compris : les solutions induites par une stricte délimitation territoriale ne s'imposent pas ni en présence de nationaux français à l'étranger, ni en présence d'étrangers sur le sol national... cette observation est l'occasion d'une leçon que l'on se donnera d'autres occasions de vérifier : *quand un principe présente trop d'exceptions, c'est qu'il ne s'agit pas du principe*.

*Le recours au droit international privé est alors indispensable pour saisir les forces qui forment les principes de solution*.

---

1. C. cstl. 14 nov. 2014, déc. n° 2014-427 QPC.

## SECTION 2.

### LES SOLUTIONS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

C'est l'objet du *droit international privé* que de déterminer quel droit (français, allemand, italien, américain, *etc.*) doit s'appliquer à *une situation qui présente un ou plusieurs éléments d'extranéité*, c'est-à-dire un ou plusieurs éléments qui la rattache(nt) à plusieurs ordres juridiques par hypothèse concurrents (ex. : nationalité étrangère de l'une des parties, lieu de situation d'un bien litigieux, *etc.*). Dans ce cas, on ne peut pas appliquer « combinatoirement » le droit allemand (par exemple) et le droit français, au litige qui est survenu dans un contrat. C'est l'objet des « règles de conflit de lois » que de désigner laquelle des lois substantielles — en concurrence — doit être appliquée à l'espèce<sup>1</sup>. Pour résumer les principes de solution retenus par le droit international privé français<sup>2</sup> en la matière, *l'application de la loi dans l'espace est en réalité sous l'égide de deux critères de rattachement : le critère de territorialité et le critère de personnalité.*

#### §1 Le critère de territorialité

Le *système de la territorialité de la loi* postule qu'elle s'applique à tous ceux qui séjournent sur le territoire, le cas échéant aux ressortissants étrangers. C'est le cas :

- ✓ *en matière de biens immobiliers*, car c'est la loi du lieu de situation de l'immeuble (*lex rei citae*) qui est compétente ;
- ✓ *en matière de responsabilité civile*, car c'est la loi du lieu de survenance du dommage ;

---

1. À la vérité, le problème est plus épineux qu'il n'y paraît. Car, sauf conventions internationales, chaque ordre juridique possède son propre droit international privé, lequel retient, le cas échéant, une règle de rattachement différente de celle de son voisin. Il ne faut donc pas seulement au juge opter entre les règles substantielles applicables, mais également entre les règles de conflits concurrentes. Or, par principe, le juge saisi applique toujours les règles de conflit de loi édictées par l'ordre juridique auquel il appartient. C'est pourquoi, afin d'éviter que les sujets de droit ne saisissent un juge donné afin d'obtenir l'application de la règle de conflit — et *in fine* la règle de droit substantiel — qui leur est favorable (*forum shopping*), les ordres juridiques européens ont tenté d'homogénéiser leurs règles de conflit de lois (Conv. de Rome 19 juin 1980) et de conflit de juridictions (Conv. de Bruxelles du 27 sept. 1968) mais, au niveau international, le système reste à parfaire.

2. Art. 3 C. civ. *notamment...*