

Intervention semaine de pré-rentrée : Qu'est ce que le droit? Branches du droit, sources et hierarchie des normes.

(Mercredi 10 septembre.)

Leçon 1: Les branches du droit

La dichotomie droit privé / droit public

Cette dichotomie (séparation en deux parties) est appelée la **summa divisio** (“la division la plus élevée “). Elle est la base structurante du droit français et distingue le droit privé du droit public.

→ **Le droit privé** est l'ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers.

Exemple : droit civil, droit du travail, droit de la SECU, droit fiscal, droit pénal...

→ **Le droit public** est l'ensemble des règles régissant l'Etat et ses démembrements, et les rapports entre personnes publiques (Etat, collectivités territoriales et établissements publics) et les particuliers.

Exemple : droit public international, droit constitutionnel, droit administratif, finances publiques, droit public comparé...

Cette distinction implique une dualité de juridictions : le droit privé entre dans la sphère de l'ordre judiciaire, et le droit public entre dans les sphère de l'ordre administratif.

Il existe cependant des matière transversales ou pluridisciplinaires ne pouvant parfaitement entrer dans l'une ou l'autre catégorie.

→ droit communautaire: droit d'origine international qui s'applique directement dans l'ordre interne et intervient dans des domaines public/privé.

→ droit de l'environnement

→ droit de l'urbanisme ...

Leçon 2: Qu'est-ce que le droit?

“Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.”

Jean Giraudoux

Définition objective : Le droit peut être défini comme **l'ensemble des règles visant à organiser la vie des hommes en société**. L'idée est d'imposer des règles afin que les litiges soient réglés de manière pacifique de sorte à préserver la vie en société.

Définition subjective : Faculté reconnue à **un individu** par les autorités publiques en vertu de règles légales ou réglementaires d'agir de telle ou telle façon, de jouir de tel ou tel droit.

→ ce sont des définitions complémentaires.

La discipline du droit est donc une science qui a pour objet l'étude de ces règles.

Section 1 : Le droit objectif : Qu'est ce qu'une règle de droit ?

“Il n'y a pas de règle juridique par nature” Carbonnier

Pour qu'une règle soit **une règle de droit**, celle-ci doit revêtir 3 caractères. Elle doit être :

- **générale**
- **obligatoire**
- **coercitive**

A- Le caractère général de la règle de droit

Principe: une règle de droit est la même pour tous.

Elle désigne chacun et ne désigne personne en particulier Elle est générale et impersonnelle. C'est une garantie contre l'arbitraire.

Elle obéit à des impératifs d'égalité et de sécurité. Ainsi, aucune règle n'est adoptée en faveur ou au détriment d'un individu en particulier.

Certains textes édictent des mesures individuelles mais cela se fait toujours en vertu d'une règles générale (les critères sont les mêmes pour tous).

Exemple: le permis de construire ou de conduire

Relativité du principe: la règle juridique est la même pour tous dès l'instant où les individus sont placés dans une **même situation** au sein de la société (critères objectifs: âge; sexe, profession...)

B- Le caractère obligatoire de la règle de droit

Principe : *La règle de droit est une norme obligatoire. Elle crée chez le citoyen l'obligation de faire (obligation) ou ne pas faire (interdiction)*. Si la règle n'est pas respectée, on parle alors de **faute**.

Tempéraments:

→ **Les règles supplétives ou interprétatives de volonté**:

Elles sont facultatives, elles ne s'appliquent que si l'individu n'a pas choisi d'appliquer une autre règle. Pour que celle-ci ne soit pas appliquée d'office, il faut que l'individu émette le souhait de l'écartier. Sinon dès lors que l'individu décide de s'y soumettre, cette règle de droit devient obligatoire. Exemple : Lors d'un mariage, les époux ont la faculté d'opter pour un contrat de mariage. Sans cela, ce sera le régime légal qui s'appliquera à eux. On parle alors de règle supplétive.

→ **Les règles impératives**:

Elles s'imposent tout le temps et ne peuvent être écartées par des conventions contraires. Tout le monde doit s'y soumettre.

C- Le caractère coercitif de la règle de droit

Coercitif (def) : qui exerce une ou des contraintes.

Quand on dit que la règle de droit possède un caractère coercitif, cela signifie que son exécution est assurée par la contrainte. Si elle n'est pas respectée, elle entraîne une sanction. La sanction du non respect de la règle de droit est assurée par l'Etat. C'est le contraire de la vendetta ou de la peine privée. Cette idée est illustrée par l'adage : "*Nul ne peut se faire justice soi-même*".

Les objectifs de la sanction:

→ l'**exécution** d'un contrat ou d'une obligation

→ la **punition** (amende, peine de prison ...)

→ la **réparation** d'un comportement dommageable (dommages et intérêts ...)

Section 2 . Le droit subjectif : Qui est titulaire des droits?

Les droits subjectifs sont les prérogatives reconnues aux sujets de droit par le droit objectif (càd les règles de droit) et sanctionnées par lui. Avant d'essayer d'établir une typologie (= classement) des droits subjectifs, posons nous la question de savoir ce qu'est "un sujet de droit".

Notion clé : **La personnalité juridique** : C'est une **aptitude à être sujet de droit** qui est reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains (**personnes physiques**) et, sous certaines conditions, aux **personnes morales**.

I. Les personnes physiques

Le terme "personne physique", en droit, signifie tout simplement "être humain" par opposition aux personnes morales qui sont généralement un groupement de personnes.

Les personnes physiques disposent naturellement de la personnalité juridique encore faut-il que ces êtres humains existent. La **limite de la personnalité juridique est l'existence de l'être humain**. Il faut déterminer à partir de quand existe et disparaît l'être humain.

A. L'apparition de la personnalité juridique

Le principe : Etre **né vivant** (l'enfant doit avoir respiré) et **viable** (l'enfant doit être apte à vivre) Ainsi, on dit que la personnalité juridique s'acquiert à la naissance. C'est donc à la naissance qu'apparaît la personnalité juridique, et par la même, c'est à la naissance que l'être humain commence à jouir de ses droits.

L'aménagement : Il arrive cependant que le droit fasse **rétroagir** l'acquisition de la personnalité juridique au jour de la **conception** chaque fois qu'il y va de l'intérêt de l'enfant. Cette notion s'appelle l'**infans conceptus**.

*Ex : L'enfant qui est né **après** la mort de son père va être considéré comme héritier de la succession de son père s'il était **conçu** au moment où cette succession était ouverte.*

B. La disparition de la personnalité juridique

La personnalité juridique disparaît à la mort de l'individu. En droit, la mort a une définition précise.

"si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de mort ne peut être établi que si les 3 critères cliniques suivants sont réunis :

- 1-Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée
- 2-abolition de tous réflexes du tronc cérébral
- 3-absence totale de ventilation spontanée"

Ces trois critères sont cumulatifs, c'est à dire qu'il doivent être tous les trois réunis pour que la personne soit considérée comme morte.

C. Les doutes sur l'existence de l'individu

En droit français, les notions de vies et de mort ne sont pas pour autant fermés à certains aménagement.

1. Le statut de l'embryon

Pas de statut juridique car ce n'est pas une personne né vivant et viable.

Ce sont des personnes physiques en devenir. De ce fait, l'embryon et le fœtus bénéficient d'une protection juridique: le respect de la dignité humaine (art 16 code civil) et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

2. La disparition et l'absence de l'individu

Il existe d'autres événements qui permettent de qualifier la personne de morte.

- **La disparition de la personne dans des circonstances de natures à mettre sa vie en danger lorsque son corps n'a pu être retrouvé.** (Article 88 du Code civil). Ainsi le décès est judiciairement déclaré. Le juge déclare le décès.
Ex : Une personne décède dans le crash d'un avion, on ne retrouve pas son corps mais on est en mesure de prouver que la personne était dans cet avion.
- **L'absence : procédure qui permet de faire reconnaître en justice l'absence d'une personne car elle a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on est de nouvelles de cette personne.** **Art 112 du code civil** : il faut avoir cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence. Demande au juge des tutelles de constater une présomption d'absence. **Art 122 du code civil**: 10 ans après avoir établi la présomption d'absence, l'absence pourra être déclarée par le Tribunal de Grande Instance sur demande. A défaut de constatation d'absence, au bout de 20 ans sans nouvelle de la personne, elle sera réputée absente.

II. Les personnes morales

Personne morale : Groupement de personnes physiques qui sont dotées de la personnalité juridique. Elles ont donc tous les attributs de la personnalité juridique : un nom, un domicile, un patrimoine. Ex : S.A., S.A.R.L. ...

Il existe aussi des personnes morales de droit public : université, hôpitaux....

Il existe aussi une autre catégorie de personnes morales qui sont des groupements constitués par l'affectation de bien à une fin déterminée. Il s'agit des fondations.

Section 3 : Typologie des droits subjectifs : De quels droits ces personnes physiques ou morales sont-elles titulaires ?

La typologie des droits subjectifs est au centre de nombreuses controverses. Nous pouvons tout de même tenter de les classer selon différents critères.

a) Selon la source

1. Le fait juridique

Fait quelconque auquel la loi attache des conséquences juridiques et cela indépendamment de la volonté des personnes.

La personne ne recherche pas l'acte juridique.

Fait de la nature ou de l'homme.

***Fait de la nature* : un événement qui se rajoute à la vie de l'homme, naissance, mort, parenté produisent des effets juridiques liés à la survenance de ce fait et non à la volonté de la personne.**

Fait de la nature peut consister dans **l'écoulement du temps**. L'extinction du droit (prescription extinctive) ou l'acquisition d'un droit (prescription acquisitive).

Fait de la nature peut consister dans la survenance d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur qui constituera un **cas de force majeure et qui agira comme une cause exonératoire de responsabilité**.

***Le fait de l'homme* : la volonté humaine est présente en ce que l'accomplissement de ces faits suppose la volonté humaine.** Il faut bien comprendre que dans ce cas **l'homme veut le fait et l'événement qui survient** mais **ne veut pas forcément les conséquences attachées par le législateur**.

Parmi les faits de l'homme **il faut compter les délits et les quasi-délits** (au sens civil du terme) c'est-à-dire **des dommages injustement causés à autrui**. Les conséquences juridiques attachées au fait qui a causé le dommage est tout simplement l'obligation de réparer ce dommage.

Les quasi-contrats qui sont des faits volontaires de l'homme dont il résulte un engagement à l'égard d'un tiers. (Article 1371 du Code civil). Ex : La gestion d'affaire, éteindre un incendie avec mon matériel. Alors la personne possédant le bien qui brûle doit rembourser les frais qui ont servis à protéger le bien.

Les conséquences juridiques de ces faits constituent le droit subjectif.

2. L'acte juridique

C'est une manifestation de volonté ayant pour objet ou pour effet de produire des conséquences juridiques.

Il s'oppose au fait juridique en ce que **les effets de droit sont voulus et recherchés**. L'acte juridique désigne **l'opération juridique au fond, ce qui est désigné par le *negotium***.

Cet acte juridique ne doit pas être confondu avec **l'acte écrit : l'*instrumentum*** : support de l'opération juridique destiné à en **constater l'existence**.

b) Selon l'évaluation pécuniaire des droits

1. Les droits patrimoniaux

Droits subjectifs qui peuvent être évalués pécuniairement **ils sont appréciables en argent**. Alors ces droits entrent dans le **patrimoine de la personne**.

- Droits de créances = droits personnels : *lien de droit qui existe entre deux personnes en vertu duquel l'une de ces personnes (= créancier) est en droit d'exiger de l'autre personne (= débiteur) une somme d'argent, un bien, quelque chose.*
- Droits réels : *pouvoir juridique reconnu à une personne et qui porte directement sur une chose. Droit direct et immédiat sur une chose déterminée. A la différence du droit personnel, il ne s'agit plus d'exiger qqch d'une personne. Ex : droit de propriété.*
- Droits intellectuels : *propriété incorporelle qui sont définis comme des monopoles d'exploitation à l'égard d'un produit ou du moyen d'une activité intellectuelle. **Propriété littéraire et artistique**, et la **propriété industrielle**.*

2. Les droits extrapatrimoniaux

Ils ne sont pas appréciables en argent et ne font pas partie du patrimoine. Ils sont attachés à la personne et n'assurent pas la protection d'un intérêt pécuniaire. Ils sont attachés à la protection d'intérêts moraux.

α. Les droits familiaux

Droits qui considèrent l'individu au sein de la famille. Droits familiaux découlent du mariage ou de la filiation. *Ex : Obligations et devoirs liés au mariage, devoir de fidélité.*

Autorité parentale recouvre l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

β. Les droits de la personnalité

Droits qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence qui tendent à imposer au tiers le respect de sa personnalité et de son individualité. *Ex : droit au respect de l'intégrité physique qui permet d'interdire à toute personne de porter atteinte au corps humain d'une autre personne sans avoir obtenu au préalable le consentement de la personne.*

Droit au respect de l'intégrité morale = protéger l'individualité de la personnalité dans ses différents aspects (l'image, la vie privée, présomption d'innocence).

Leçon 3 : Les sources principales du droit : Le droit écrit

Section 1. Les sources supra-législatives

§1. La Constitution et son bloc de constitutionnalité

Constitution : ensemble **des règles suprêmes** fondant **l'autorité étatique**, organisant ses institutions, lui **donnant ses pouvoirs** et lui imposant aussi ses **limitations** en particulier en garantissant des **libertés** aux sujets et aux citoyens.

La Constitution de la **Ve République** date du **4 octobre 1958**. Ce texte comporte 89 articles. Certaines de ses dispositions concernent **l'existence, la structure et le fonctionnement des pouvoirs publics**. D'autres dispositions sont relatives à **l'organisation économique et sociale du pays**. Enfin, certaines ont pour objet d'énoncer **les droits et les libertés** dont les citoyens sont titulaires.

Mais ce texte n'est pas le seul à avoir une valeur "constitutionnelle". En effet, avec la décision du **16 juillet 1971** « Liberté d'association », le Conseil constitutionnel a **accru le nombre de normes constitutionnelles** en y ajoutant la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**, le **préambule de la Constitution de 1946** et les **principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République** (aussi appelés " PFRLR")

Plus tard, la **Charte de l'environnement de 2005** sera elle aussi considérée comme **nouvelle norme constitutionnelle**. Elle n'est pas intégrée dans la Constitution mais elle lui est **adossée**.

L'ensemble de ces normes constitue le "bloc de constitutionnalité" c'est à dire l' *ensemble des normes constitutionnelles qui ont la même valeur juridique que la Constitution*.

Bloc de Constitutionnalité : Constitution de 1958 + Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 + préambule de la Constitution de 1946 + Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République + Charte de l'Environnement de 2005

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf

On dit de toutes ces normes qu'elles ont une valeur **supra-législative** car la **loi** doit les respecter, leur être **conforme**.

§2. Les sources internationales

Les actes juridiques privilégiés en tant que sources internationales du droit sont les **traités**

internationaux. Ils édictent les normes internationales.

Traités et Conventions internationales sont des **accords entre des Etat-souverains qui créent des règles qui ont vocation à s'appliquer soit dans les relations internationales soit dans le droit interne.**

Une fois le traité signé et ratifié, comment s'applique-t-il dans le droit international français ?

La Convention internationale est auto-exécutoire. C'est à dire que le traité international intègre le droit positif français dès qu'il est ratifié. Il n'y a pas de processus de réception du traité.

Il est **d'applicabilité directe. C'est à dire que les justiciables peuvent invoquer le traité international devant les tribunaux.** Il existe **toutefois des traités qui ne sont pas d'applicabilité directe parce que les états signataires considèrent qu'il ne crée que des obligations et des devoirs que pour les Etats (et non les individus)**

Les traités internationaux sont soumis à l'exigence de réciprocité. C'est à dire que tout Etat signataire du traité peut refuser d'appliquer un traité si l'autre partie ne respecte pas le traité signé. L'exigence de réciprocité ne peut pas être invoquée pour les traités relatifs aux droits de l'Homme. (Un Etat ne peut pas dire à un autre " On avait convenu de respecter les droits de l'Homme, mais comme vous ne les avez pas respecté avec votre population, nous non plus n'allons pas les respecter . Et toc ! "

§3 Les sources européennes

A. Le droit de l'Union européenne

L'Union Européenne est **née de la Communauté Economique Européenne** instaurée par le **traité de Rome de 1957** signé par France, Pays-Bas, RFA, Belgique, Luxembourg et Italie. D'autres traités ont été signés depuis permettant **la naissance de l'actuel UE.** (**Acte Unique 1986, traité de Maastricht 1992, traité d'Amsterdam 1997, traité de Nice 2001, traité de Lisbonne 2007**)

Depuis Lisbonne on parle d'UNION EUROPEENNE, **on ne parle plus de "droit communautaire" mais de "droit de l'Union Européenne"**. (bien que la première expression reste très souvent utilisée dans le

Les institutions de l'Union Européenne sont nombreuses et vous aurez l'occasion de les étudier en détail au cour de votre cursus. Pour information, il y a la Commission européenne, le Conseil européen, le Conseil de l'UE, le Parlement européen et les juridictions européennes (La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, ancienne CJCE)et le tribunal de première instance (TPI)

Les principales règles du droit de l'Union européenne : droit primaire et droit dérivé

Le droit primaire ou originaire : Droit **issu des traités européens fondateurs** (Rome, CECA, EURATOM) ou **modificatifs de l'UE.** Dans ces traités fondateurs il y a un **certain nombre de principes qui régissent l'UE** (Libre circulation des personnes et des marchandises, libre concurrence ...).

Le droit dérivé : Traités européens ont créé des **institutions européennes** qui ont été chargées de **réaliser les objectifs de l'UE.** Pour parvenir à ces objectifs, **les institutions européennes ont dû édicter certaines règles.** Elles constituent **le droit dérivé.** Il se manifeste sous différents actes : **les directives européennes (C'est une sorte de loi-cadre qui se contente d'imposer des objectifs.) , les règlements européens (Acte juridique contraignant par rapport à la directive européenne qui ne laisse**

aucune latitude aux Etats Membres) , **les décisions** (Mesure individuelle obligatoire dans tous ces éléments seulement à l'égard de la ou les personnes qu'elle désigne.) **recommandations et avis** (aucune valeur contraignante).

B. Le droit du Conseil de l'Europe.

Le Conseil de l'Europe a été créé à Londres en **1949** avec pour objectif de « favoriser un espace démocratique et juridique commun en Europe ». Il est composé de **47 membres** et il a adopté un certain nombre de conventions telles que la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui comporte une liste de droits et de libertés fondamentaux. Elle a été signée en **1950** et ratifiée par la France en **1974**. Le respect de la CEDH est assurée Cour Européenne des Droits de l'Homme. Elle n'intervient qu'en cas de défaillance des autorités nationales. Cela signifie que c'est d'abord aux autorités nationales et aux juridictions nationales d'assurer le respect des dispositions de la CEDH. Depuis **1981** le Cour EDH peut est saisie par un particulier, on appelle cela le recours individuel

Lien : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

Remarque : Attention aux acronymes, lorsque vous utilisez le terme " CEDH" pensez à préciser auparavant si il s'agit de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Section 2. La loi

§1. Définitions

- Définition formelle: la loi désigne **une règle de droit émanant du pouvoir législatif**, par opposition aux règles de droit issues du pouvoir exécutif. Elle est défini par **sa forme**.
- Définition matérielle: la loi est **une règle de droit abstraite, générale, permanente et obligatoire**. Elle est défini par **son contenu**. Actes qui émanent du pouvoir législatif et exécutif.

§2. Les différents types de lois

A. Les lois organiques :

Elles ont pour objet de **régir le fonctionnement des pouvoirs publics**. (*Ex : Le pouvoir du Parlement.*) Elle sont votées selon une **procédure particulière**. Si la loi organique n'est pas adoptée en termes identiques par l'Assemblée et par le Sénat, le texte peut être adopté par l'Assemblée mais à la majorité absolue des députés. Elles sont **obligatoirement soumise au contrôle de constitutionnalité avant leur promulgation**.

Exemple de loi organique : loi organique du 10 décembre 2009 sur la QPC (art 61-1C°)

B. Les lois référendaires :

Elles sont le **résultat de la consultation du peuple** par référendum. Elles sont votées par le peuple et non par le Parlement.

Exemple de loi référendaire : référendum du 28 octobre 1962 relatif à l'élection du président de la République au SUD.

C. Les lois ordinaires :

Ce sont les lois **votée par le Parlement dans le domaine législatif** tel qu'il est fixé par l'article 34 de la Constitution.

Exemple de loi ordinaire : loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

D. Les ordonnances

Par le biais de l'article 38 de la Constitution, **le gouvernement sur habilitation du Parlement, pourra prendre un acte relevant du domaine de la loi** (art 34 C°). L'ordonnance est limitée dans sa durée. Sans ratification de cette ordonnance de la part du Parlement, celle-ci n'aura qu'une valeur réglementaire. C'est seulement après avoir été **ratifiée** par le Parlement, que l'ordonnance aura **valeur de loi**.

E. Les règlements administratifs

Le règlement est un acte de portée générale et impersonnelle édicté par les autorités exécutives compétentes.

Exemple: décret

Leçon 4 : La hiérarchie des normes du droit écrit

Section 1 : Description de la hiérarchie des normes

La hiérarchie des normes est une **organisation des différentes règles juridiques selon laquelle les règles de valeur inférieures doivent être conformes à celles qui ont une valeur supérieure**. Dans l'ordre juridique français c'est la Constitution qui prime.

Théorie de Hans Kelsen. Dans la *Théorie pure du droit* (1934), il cherche à fonder un droit positif, de manière à le rendre neutre axiologiquement (sans références à la morale) afin de fonder une science du droit.

Cette hiérarchie permet de garantir l'effectivité des droits au sens où chaque autorité publique voit son action encadrée par des normes de rang supérieur et ne peut donc pas agir selon son bon vouloir.

Dans le droit public interne propre à la France, cette hiérarchie (par ordre d'importance) est la suivante :

- le bloc constitutionnel : la Constitution de la Ve République est considérée comme la norme suprême parce qu'elle émane de la volonté souveraine du peuple qui l'a adoptée en 1958. On parle de "bloc constitutionnel" car depuis 1971, le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle à certaines normes ;
- le bloc de conventionalité : c'est l'ensemble des règles de droit qui proviennent des traités et des conventions contractés entre États, ou entre les États et les organisations internationales. Par extension, le droit communautaire y figure également ;
- le bloc de légalité : il comprend les lois ordinaires, les lois organiques, les ordonnances et les règlements autonomes ;
- les principes généraux du droit (PGD) : ce sont des règles de portée générale qui répondent à trois critères :
 - ils s'appliquent même en l'absence de texte,
 - ils sont dégagés par la jurisprudence,
 - ils sont découverts par le juge à partir de l'état du droit et de la société à un instant donné ;
- les règlements : ils renvoient aux actes administratifs unilatéraux de portée générale. Il sont de deux sortes :
 - le décret : acte exécutoire, à portée générale ou individuelle, pris par le Président de la République ou par le Premier ministre qui exerce le pouvoir réglementaire (art. 21 C) ;

- l'arrêté : décision exécutoire à portée générale ou individuelle qui émane d'un ou plusieurs ministres (arrêté ministériel ou interministériel) ou d'autres autorités administratives (arrêté préfectoral, municipal, etc.) ;
- l'acte administratif : c'est un acte juridique pris dans le cadre de l'administration et dans un but d'intérêt général. Il y en a deux sortes :
 - la circulaire : texte émanant d'un ministère et destiné à donner une interprétation d'un texte de loi ou d'un règlement (décret, arrêté), afin que ce texte soit appliqué de manière uniforme sur le territoire. Ce sont des recommandations ; elles ne s'appliquent qu'aux agents du service public ;
 - la directive : acte administratif par lequel le titulaire d'une compétence discrétionnaire fixe par avance la manière dont il va l'utiliser. Elle facilite la tâche de l'administration et permet une action plus homogène en garantissant une plus grande égalité dans le traitement des administrés. La directive doit s'adapter à la réglementation appliquée et n'est pas réglementaire (l'administration peut y déroger).

Section 2 : Le respect de la hiérarchie des normes.

§1. Le contrôle de constitutionnalité

A. La conformité des traités internationaux à la Constitution

Art 54 de la Constitution: le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des engagements internationaux. Le CC peut être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et, depuis la révision constitutionnelle de 1992, 60 députés ou 60 sénateurs jusqu'à la ratification du traité. **Si le traité n'est pas conforme à la Constitution, celle-ci devra être révisée avant la ratification du traité.**

B. La conformité des lois à la Constitution

3 types de contrôle:

- Le contrôle obligatoire des lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires (art 61a1 C°)

- Le contrôle à priori des lois ordinaires (art61a2 C°).

Saisine: Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et, depuis la révision constitutionnelle de 1974, 60 députés ou 60 sénateurs,

- Le contrôle à postériori des lois ordinaires (art61-1 C°) EV 1er mars 2010 QPC

Conséquences:

Une décision déclarant une loi inconstitutionnelle fait obstacle à sa promulgation. Si seule une partie du texte est déclarée inconstitutionnelle, la loi peut être partiellement promulguée si les articles non conformes sont « séparables » de l'ensemble du dispositif. Le Conseil constitutionnel peut aussi déclarer des dispositions législatives conformes à la Constitution sous certaines réserves d'interprétation.

§2. Le contrôle de conventionnalité

DC 1975, IVG → le CC se déclare incompétent pour contrôler une loi par rapport à un traité (art 55C°). Il revient donc aux juridictions ordinaires d'effectuer ce contrôle (CE et Cass).

Reception de la Cass **1975, Société des Cafés Jacques Vabre**.

Refus du CE (**1968, Syndicat des fabricants de semoules de France**) la loi reste supérieure au traité lorsqu'elle est postérieure. Puis acceptation **CE 1989 Nicolo**.

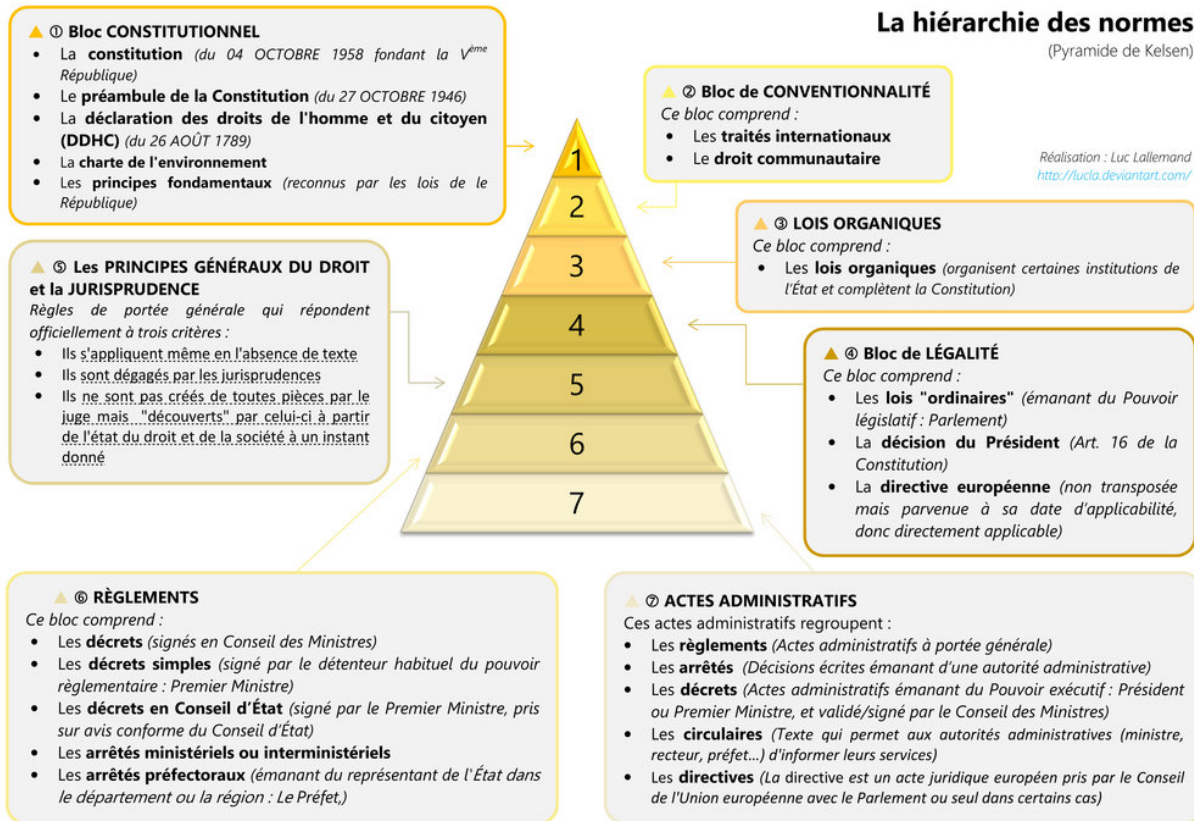
§3. Le contrôle de légalité

On peut vérifier que les actes infra législatifs (par exemple les actes administratifs pris par un maire dans le cadre de ses prérogatives municipales) sont en accord avec la loi. Ce contrôle de légalité se fait par le biais du Recours pour Excès de Pouvoir. (REP). Ce recours aussi appelé recours en annulation permet d'annuler un acte illégal.

La hiérarchie des normes

(Pyramide de Kelsen)

Réalisation : Luc Lallemand
<http://luc1a.deviantart.com/>



Leçon 5 : Les sources complémentaires du droit

Section 1. La jurisprudence

Jurisprudence : ensemble des décisions prononcées par les juridictions. La jurisprudence peut aussi désigner l'interprétation habituelle par les juridictions d'une règle de droit en vue de trancher un litige.

La décision doit être **motivée**, c'est à dire que la juridiction doit expliquer les motifs qui l'ont conduite à adopter telle ou telle solution. Ces décisions sont **publiées** au journal officiel (J.O.)

Certaines jurisprudences ont plus de valeur que d'autres :

Les décisions de la **Cour de cassation** et du **Conseil d'Etat** ont une autorité supérieure à celles des juridictions du fond (Tribunaux de premier et second degrés) . Ces cours ont en effet pour rôle d'unifier l'interprétation de la règle de droit .

Certains arrêts ont une autorité supérieure parce qu'ils tranchent une question d'interprétation. Ce sont **les arrêts de principe**. Certains arrêts sont rendus par des formations plus solennelles comme l'assemblée plénière, ils ont une portée plus grande.

Cependant, les décisions rendues par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat ne s'imposent pas aux juges du fond. C'est la raison pour laquelle elles **ne sont pas obligatoires**. Les juges du fond peuvent adopter une solution différente de celle retenue par la Cour de cassation.

Cette possibilité permet aux juges du fond de montrer leur désaccord avec la Cour de cassation. La « résistance » peut être si forte que la Cour de cassation peut modifier sa jurisprudence.

Le risque est alors de voir la décision cassée par la Cour de cassation à l'occasion d'un pourvoi.

Notions clés :

La rétroactivité de la jurisprudence :

La jurisprudence est nécessairement **rétroactive**, l'interprétation d'un litige par un tribunal s'applique à des faits survenus avant le prononcé de la décision. La rétroactivité suscite des difficultés en cas de **revirement de la jurisprudence**.

Le revirement de jurisprudence : Les tribunaux peuvent brusquement change brusquement leur interprétation de la règle de droit. Cela engendre des difficultés au regard de la prévisibilité et de la sécurité juridique mais permet au droit d'être en constante évolution.

La jurisprudence est-elle réellement une source de droit ?

Une grande partie de la doctrine considère la jurisprudence comme véritable source de droit. Parce qu'il serait irréaliste de ne pas considérer la règle de droit dans sa dimension concrète et particulière lorsqu'elle est interprétée et appliquée pour trancher un litige.

Mais à l'exemple du doyen Carbonnier, une partie de la doctrine considère que la jurisprudence n'est pas une source de droit autonome comme peut l'être la loi. Ils estiment que la jurisprudence n'a autorité que pour interpréter la règle de droit et non pour la créer.

Section 2. La coutume

§1. Notion

Coutume : Règle de droit, qui se dégage lentement et spontanément des faits et des pratiques habituelles suivies dans un milieu social donné et qui devient obligatoire indépendamment de toutes interventions expresses et de toute approbation tacite du législateur. C'est un usage répété ressenti comme obligatoire.

A. L'élément matériel : la répétition

La coutume est un usage **ancien, constant, général et notoire**.

Ancien : L'Ancien droit fixait un délai de 40 ans. Le droit contemporain ne fixe aucune limite de temps. La seule chose qui importe est que l'usage soit suffisamment ancien.

Constant : La pratique de la coutume doit être constante, cela signifie que l'usage doit être répété et régulier dans le temps. La généralité de l'usage doit viser un ensemble infini de personnes.

Général : La coutume doit viser un ensemble infini de personne

Notoire : La coutume doit être connue de tous ceux qui ont vocation à l'appliquer.

B. L'élément psychologique : l'opinio juris

L'élément psychologique, c'est la croyance chez les sujet de droit que cet usage est obligatoire et qu'il s'agit d'une règle de droit comme une autre. La croyance en le caractère obligatoire de la coutume est appelé *opinio necessitatis* ou *opinio juris*.

§2 Valeur

La coutume secundum legem : Il arrive que le législateur renonce à régler lui-même certaines situations juridiques on parle alors de coutume *secundum legem* car elle "seconde" la loi. On dit alors que la coutume a une autorité dérivée car le législateur lui donne expressément cette autorité. Exemple : l'article 663 du Code civil qui renvoie aux usages à propos des murs mitoyens.

La coutume praeter legem : Dans le silence de la loi, la coutume a une fonction supplétive, elle supplée la loi défailtante, elle comble les lacunes de la loi. Le juge décide de recourir à la coutume. C'est une fonction théorique parce que l'omniprésence de la loi et l'inflation législative rendent la coutume rare.

La coutume contra legem : Dans ce cas, la coutume s'oppose à la loi. Ces conflits sont de plus en plus rares car la coutume diminue et la loi est quantitativement de plus en plus importante. Lorsque des conflits éclatent, le Conseil Constitutionnel fait prévaloir l'autorité de la loi. Cependant il est arrivé que certaines coutumes apparaissent en contradiction complète avec les dispositions législatives.

Ex : Article 931 du Code civil implique que les donations doivent passer devant notaire sous peine de nullité. Dans les faits, un grand nombre de donations ne sont pas dressées par actes notariés. Elles procèdent par don manuel.

Section 3 : La Doctrine

Les membres de la doctrine sont des juristes qui sont auteurs d'écrits, d'ouvrages sur le droit. Ils peuvent être des universitaires ou des praticiens. La doctrine désigne des travaux rédigés par ces personnes (ouvrages juridiques, articles, commentaires). Ils n'ont pas reçu le pouvoir de légiférer mais par leurs écrits ils peuvent avoir une influence sur le droit.