

ENM 2026

Introduction au droit

Fanny LUXEMBOURG

SOMMAIRE

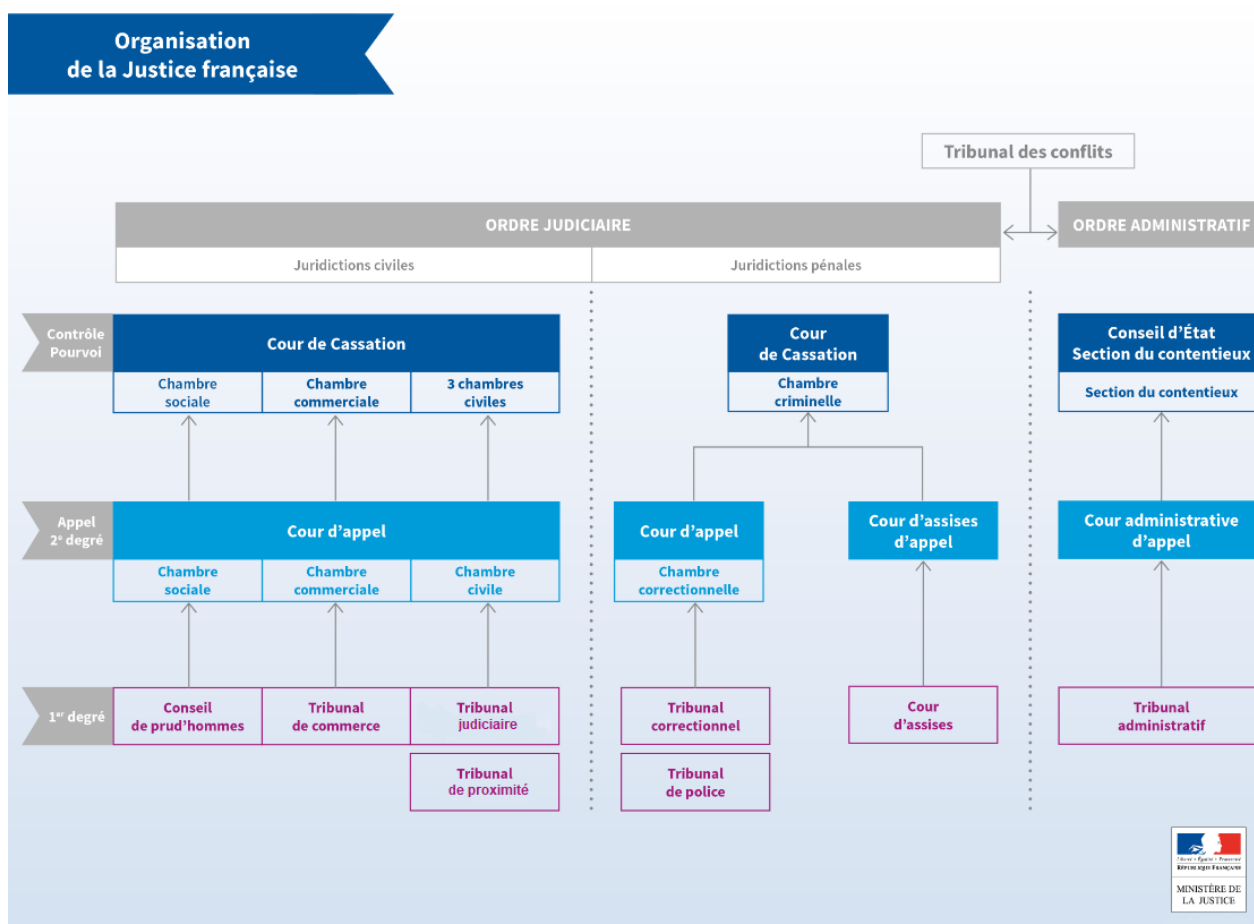
FICHE 1 : L'ORGANISATION JUDICIAIRE.....	3
FICHE 2 : LES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION.....	15
FICHE 3 : LA CODIFICATION	25
FICHE 4 : DROIT ET MORALE.....	32
FICHE 5 : DROIT ET RELIGION	37
FICHE 6 : LA NOTION DE RÈGLE DE DROIT	44
FICHE 7 : L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE DROIT	52
FICHE 8 : LA LOI	67
FICHE 9 : LA JURISPRUDENCE	78
FICHE 10 : LA COUTUME	86
FICHE 11 : LES NORMES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE	91
FICHE 12 : LES TRAITÉS ET ACCORDS INTERNATIONAUX	97
FICHE 13 : LA HIÉRARCHIE DES NORMES	109
FICHE 14 : LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS.....	118
FICHE 15 : LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES LOIS	128
FICHE 16 : L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS	132
FICHE 17 : L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS	143
FICHE 18 : LA CHARGE DE LA PREUVE.....	148
FICHE 19 : LES MODES DE PREUVE	154
FICHE 20 : LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.....	173
FICHE 21 : LES DROITS SUBJECTIFS	184

FICHE 1 : L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Le droit doit permettre de régler les contestations qui surviennent au sein de la société. Dans les sociétés démocratiques, c'est l'État qui assure le service public de la justice ; la contrainte étatique constituerait même, selon certains auteurs, le critère permettant de caractériser la règle de droit et de la distinguer, notamment des règles morales et religieuses.

La justice regroupe un certain nombre d'institutions qui sont organisées, tant **horizontalement** que **verticalement**.

L'organisation judiciaire en France (source : site du Ministère de la Justice)



Horizontalement, l'organisation judiciaire repose sur un principe de dualité entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires (I). Le droit civil est une branche du droit privé qui relève des juridictions judiciaires, dont l'organisation verticale mérite d'être brièvement présentée (II).

I. LE DUALISME JURIDICTIONNEL

Les juridictions françaises sont divisées en deux ordres (A). En cas de litige quant à la compétence, le Tribunal des conflits est la juridiction chargée de le trancher (B).

A. Présentation des deux ordres de juridictions

L'ordre juridique français se découpe en **deux branches** :

- Les **juridictions de l'ordre judiciaire** qui connaissent des conflits entre personnes privées (conflits entre voisins, divorce entre des époux, contestation par un salarié de son licenciement...);
- Les **juridictions administratives** qui connaissent des conflits entre les personnes privées et les personnes publiques ou entre les personnes publiques entre elles (action d'un malade contre un médecin d'un hôpital public, contestation par un particulier de son taux d'imposition, conflit entre une commune et l'État à propos d'une dotation...).

Ainsi, il existe une **dualité de juridictions** en droit français. Les juridictions administratives appliquent le droit public (droit constitutionnel, droit administratif, finances publiques...) qui régit le fonctionnement et les relations des personnes publiques (au sens large : État, administrations, collectivités territoriales...) entre elles et à l'égard des personnes privées. Parallèlement, les juridictions judiciaires appliquent le droit privé (droit civil, droit commercial, droit du travail...) qui s'intéresse aux rapports entre personnes privées (au sens large : personnes physiques et personnes morales).

Ce principe de **dualisme** des juridictions, qui repose sur la distinction entre le droit public et le droit privé, est **critiqué** par une partie de la doctrine (ex : D. Truchet) :

- D'abord, cette distinction, propre au droit français, semble reposer sur un **postulat inexact** selon lequel le droit public assurerait la seule protection de l'intérêt général quand le droit privé viserait la seule protection des intérêts privés. Une telle affirmation n'est pas toujours juste. Le droit privé protège aussi l'intérêt public, lorsqu'il permet par exemple d'annuler un contrat contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (ex : contrat de bail conclu entre un bailleur et un locataire pour y exploiter une maison close). Réciproquement, le droit public protège parfois des intérêts individuels, par exemple lorsqu'il protège le droit de propriété d'un individu contre une expropriation illégale ou encore lorsqu'il permet à un malade victime d'une faute médicale d'être indemnisé de son préjudice.
- Ensuite, la distinction entre le droit public et le droit privé paraît **imprécise** car elle ne permet pas d'embrasser toutes les matières. Tel est le cas du droit pénal qui trouve difficilement sa place dans un tel schéma. D'un côté, il protège l'intérêt public en punissant ceux dont le

comportement met en danger la Société. D'ailleurs, le procès ne met pas en opposition la victime face à l'auteur d'une infraction pénale mais bien le Ministère Public - représentant la société - contre ce dernier. Par cet aspect, le droit pénal est proche du droit public. Pourtant, il relève des juridictions judiciaires : il met en conflit des personnes privées (viol, meurtre...) et la victime peut se constituer partie civile en déposant plainte, ce qui lui permet d'être partie au procès et d'être, le cas échéant, indemnisée. En outre, certains litiges relèvent des deux ordres de juridictions à la fois et conduit les justiciables à devoir saisir à la fois le juge administratif et le juge judiciaire, pour un même litige.

Ex : la contestation d'un permis de construire (par un voisin par exemple) pour laquelle l'autorisation de construire délivrée par le maire relève du juge administratif quand la contestation du respect des règles d'implantation de la construction par rapport aux constructions voisines relève du juge judiciaire.

- Enfin, certains **contentieux sont littéralement partagés entre les deux ordres de juridictions** (ex. : le contentieux de la responsabilité médicale selon que le médecin pratiquait à l'hôpital ou en clinique privée, le contentieux fiscal, etc.), ce qui crée un **risque de divergence de solutions sur une même question**, créant ainsi une sorte d'inégalité entre les justiciables selon que leur contentieux relève de la compétence des juges judiciaires ou de celle des juges administratifs. Ce cas de figure s'est par exemple rencontré sur la question du contrôle de conventionnalité des lois par les juges internes, pour lequel la Cour de cassation a accepté de l'opérer et retenu le critère hiérarchique dans l'arrêt J. Vabre de 1974 alors que le Conseil d'Etat ne s'est rallié à cette solution que quinze ans plus tard (arrêt Nicolo de 1989). Plus récemment, la Cour de cassation s'est opposée à une solution dégagée par le Conseil d'Etat, pourtant avalisée entre temps par la CEDH. Il s'agit de la question du délai de recours contre un titre exécutoire communiqué par l'Etat à un débiteur pour le contraindre à payer sa dette. Si le débiteur souhaite contester ce titre exécutoire, il dispose en principe d'un délai de deux mois pour exercer son action. Mais ce délai n'est opposable que si le débiteur a été informé des voies et délais de recours. En l'absence d'information, le délai devient inopposable. Pour contrer les inconvénients d'un recours sans délai, le Conseil d'Etat applique un délai raisonnable, d'une durée d'une année (CE, 13 juillet 2016, n°387763, *Czabaj*). La CEDH avait approuvé cette solution (CEDH, 9 novembre 2023). mais la Cour de cassation, réunie en Assemblée Plénière, a préféré l'écarter (AP, 8 mars 2024, n°21-12.560 et 21-21.230).

B. Le Tribunal des conflits

Le dualisme juridictionnel implique la nécessité d'un **mécanisme régulateur des conflits de compétences** entre les deux ordres de juridictions. Le **Tribunal des conflits** joue ce rôle. Il a ainsi pour rôle d'attribuer un litige, en considérant sa nature, soit à la juridiction administrative, soit à la juridiction judiciaire. Créé pour la première fois en 1849, il fut supprimé au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851, puis rétabli par la loi du 24 mai 1872. Cette loi a elle-même été ensuite modifiée par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, complétée de son décret d'application n° 2015-233 du 27

février 2015. Sa composition est paritaire : il comprend quatre représentants de l'ordre administratif et quatre de l'ordre judiciaire. Depuis la loi de 2015, le Tribunal des conflits n'est plus présidé par le ministre de la Justice, garde des Sceaux. Désormais, les juges élus au Tribunal des conflits choisissent parmi eux, pour trois ans, un président alternativement du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Il siège au Palais-royal, dans les locaux du Conseil d'État.

Il a rendu **39 décisions en 2023**, 28 en 2022, 28 en 2021. Le délai de traitement des affaires jugées pendant l'année 2023, calculé entre la date d'enregistrement et la date de lecture de la décision, est de **104 jours** en moyenne contre 112 jours en 2022. En 2023, 46 % des décisions ont retenu la compétence du juge judiciaire et 44 % la compétence du juge administratif. Les litiges ayant donné lieu à un conflit d'attribution concernaient, par ordre décroissant, le domaine social (44%), les conflits en matière de domanialité (10%) ainsi que de fiscalité (10%).

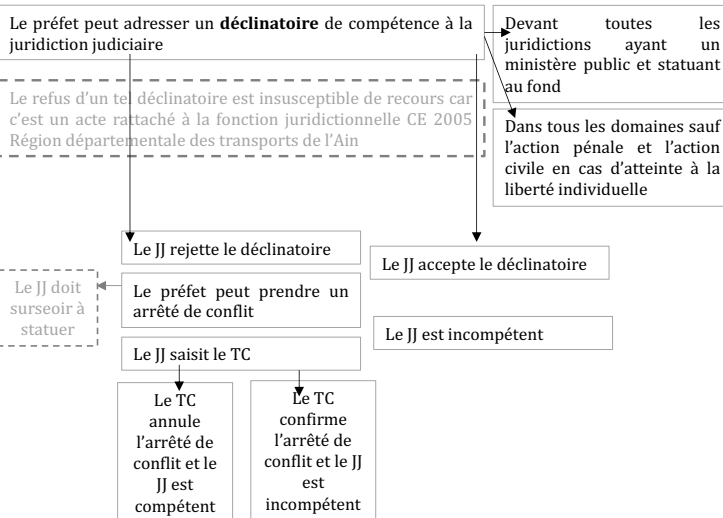
Deux types de conflits peuvent conduire à la saisine du Tribunal des conflits :

- Le **conflit de compétence** peut d'abord être **négatif** lorsque les juridictions administratives et judiciaires se déclarent toutes les deux incompétentes. Les parties ou la juridiction ayant décliné sa compétence en second lieu devront saisir le Tribunal des conflits.
- Le **conflit** peut aussi être **positif** lorsque la juridiction judiciaire se déclare compétente alors que l'administration (par la voie du préfet) considère que le litige relève de l'ordre administratif. Le préfet adresse alors à la juridiction judiciaire une saisie déclinatoire de compétence. Si la juridiction acquiesce, le conflit est terminé et l'affaire est renvoyée devant le juge administratif. Si elle refuse, le Tribunal des conflits est saisi et tranche le conflit.

Le Tribunal des conflits permet de garantir la répartition harmonieuse de la compétence entre JA et JJ

CONFLIT POSITIF

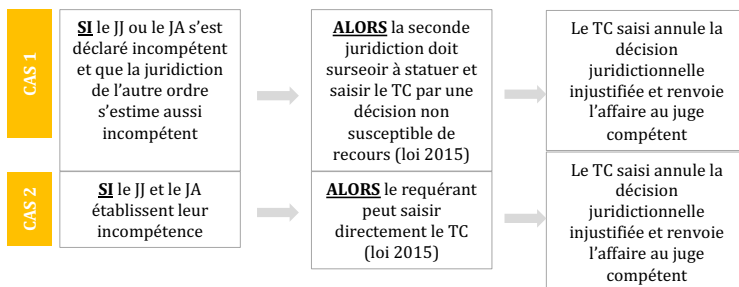
DEFINITION (loi du 16 février 2015 - art 13 de la loi du 24 mai 1872 modifiée)
Il y a conflit positif si « le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité estime que la **connaissance d'un litige** ou d'une question préjudicielle **portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire relève de la compétence de la juridiction administrative** »



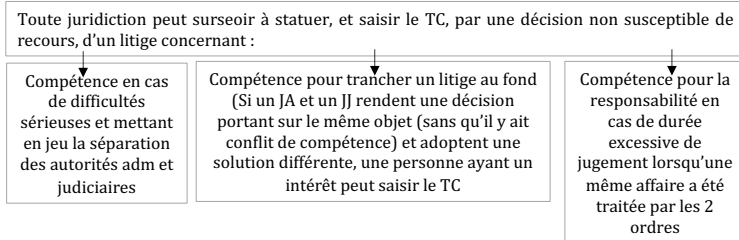
CONFLIT NEGATIF

DEFINITION (art 12 loi 24 mai 1872 modifiée)
Il y a conflit négatif si le juge judiciaire et le juge administratif se reconnaissent incompetents dans un litige ayant le même objet

ENIEU Eviter le déni de justice



RESOLUTION DES QUESTIONS SUBSIDIARES DE COMPETENCE



Le dualisme juridictionnel conduit donc à une distinction entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires.

Le droit civil relève de ces dernières qui doivent donc être présentées.

II. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES

Verticalement, il existe trois « niveaux » de juridictions judiciaires - les Tribunaux, les Cours d'appel et la Cour de cassation - mais seulement deux « degrés » de juridictions (A) parce que la Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction (B).

A. La règle du double degré de juridictions

Les **Tribunaux sont les juridictions du premier degré** (on dit aussi de première instance) qui sont appelées à connaître pour la première fois d'un litige. Il en existe plusieurs. D'une manière générale, leur compétence est répartie selon les différentes matières du droit privé : droit commercial, droit

social, droit civil, droit pénal. Il existe également des juridictions spécialisées dans certains contentieux. On distingue ainsi les **Tribunaux de commerce** pour les affaires commerciales (achat de marchandise par un commerçant, opérations entre des banques...), les litiges concernant les sociétés commerciales et le redressement et la liquidation des entreprises. Les juges sont des commerçants élus par des commerçants. Les **Conseils de prud'hommes** jugent les litiges relevant du droit social, par exemple les conflits entre employés et employeurs. Les juges sont élus par les salariés et les employeurs. En droit civil, les litiges relavaient auparavant des **Tribunaux d'instance et de grande instance**. Une loi du 23 mars 2019 a toutefois opéré une fusion de ces deux juridictions sous le nouveau nom de **Tribunaux judiciaires**. Enfin, il existe d'autres juridictions de première instance, propres à certains contentieux spécialisés. Par exemple, les **Tribunaux des affaires de sécurité sociale** sont chargés de régler les litiges entre les particuliers et la Sécurité sociale, les **Tribunaux paritaires des baux ruraux** sont compétents pour les affaires relatives aux exploitations agricoles...

Les tribunaux de première instance rendent des **jugements** qui, s'ils ne satisfont pas les parties, sont susceptibles d'être contestés par la voie de l'appel. **L'appel** constitue en effet le recours contre un jugement de première instance, par lequel le litige est renvoyé, pour être réexaminé, devant une Cour d'appel. Il existe plusieurs **Cours d'appel**, qui rendent des arrêts et qui sont réparties sur le territoire français (36) ; chacune étant subdivisée en chambres dont les compétences varient selon les matières. Les Cours d'appel procèdent à un **réexamen complet du litige**, tant du point de vue des faits que du droit applicable. C'est pour cette raison que l'on parle d'un « **double** » **degré de juridictions**. Autrement dit, cette règle vise la possibilité pour un justiciable de faire juger entièrement son litige à deux reprises.

La voie de l'appel n'est toutefois permise que si le litige présente un enjeu financier supérieur à une certaine somme fixée par décret (actuellement 5.000 euros). C'est ce que l'on appelle le « **taux de ressort** » de l'appel. Si la demande initiale est inférieure au taux de ressort, le juge de première instance statue sur tout le litige en « premier et dernier ressort », et le justiciable n'est pas autorisé à interjeter appel (en revanche, il conserve la possibilité de former un pourvoi en cassation et son litige sera examiné directement par la Cour de cassation).

La question se pose alors de savoir pourquoi la **Cour de cassation**, juridiction unique placée au sommet de l'ordre judiciaire, ne constitue pas un troisième degré de juridiction.

B. La Cour de cassation

Art. L. 411-1 du Code de l'organisation judiciaire :

« Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ».

Il faut examiner la composition de la Cour de cassation (1), le mécanisme du pourvoi en cassation (2), le rôle (3) et l'encombrement de la Cour de cassation (4).

1- Composition de la Cour de cassation

La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Siégeant dans l'enceinte du palais de justice de Paris, elle est divisée en six chambres : **trois chambres civiles** qui se partagent les affaires civiles, **une chambre commerciale** qui connaît de tous les litiges commerciaux, **une chambre sociale** qui traite des litiges relatifs au droit du travail et **une chambre criminelle** qui statue en matière pénale. Lorsqu'un litige empiète sur la compétence de plusieurs chambres, on réunit ce que l'on appelle une **chambre mixte**. Pour les questions sensibles ou délicates, on rassemble toutes les chambres dans une même entité nommée **Assemblée Plénière**.

2- Mécanisme du pourvoi en cassation

Le **pourvoi en cassation** permet aux justiciables de contester la solution retenue par les juges du second degré (ou de première instance, pour les litiges inférieurs au taux de ressort de l'appel). Le justiciable qui forme un pourvoi en cassation est désigné par le terme de « **demandeur** » (demanderesse au féminin) et son adversaire est le **défendeur** (défenderesse au féminin). Le pourvoi en cassation conduit le demandeur à développer des arguments critiques contre l'arrêt rendu en appel que l'on nomme « **moyens** ».

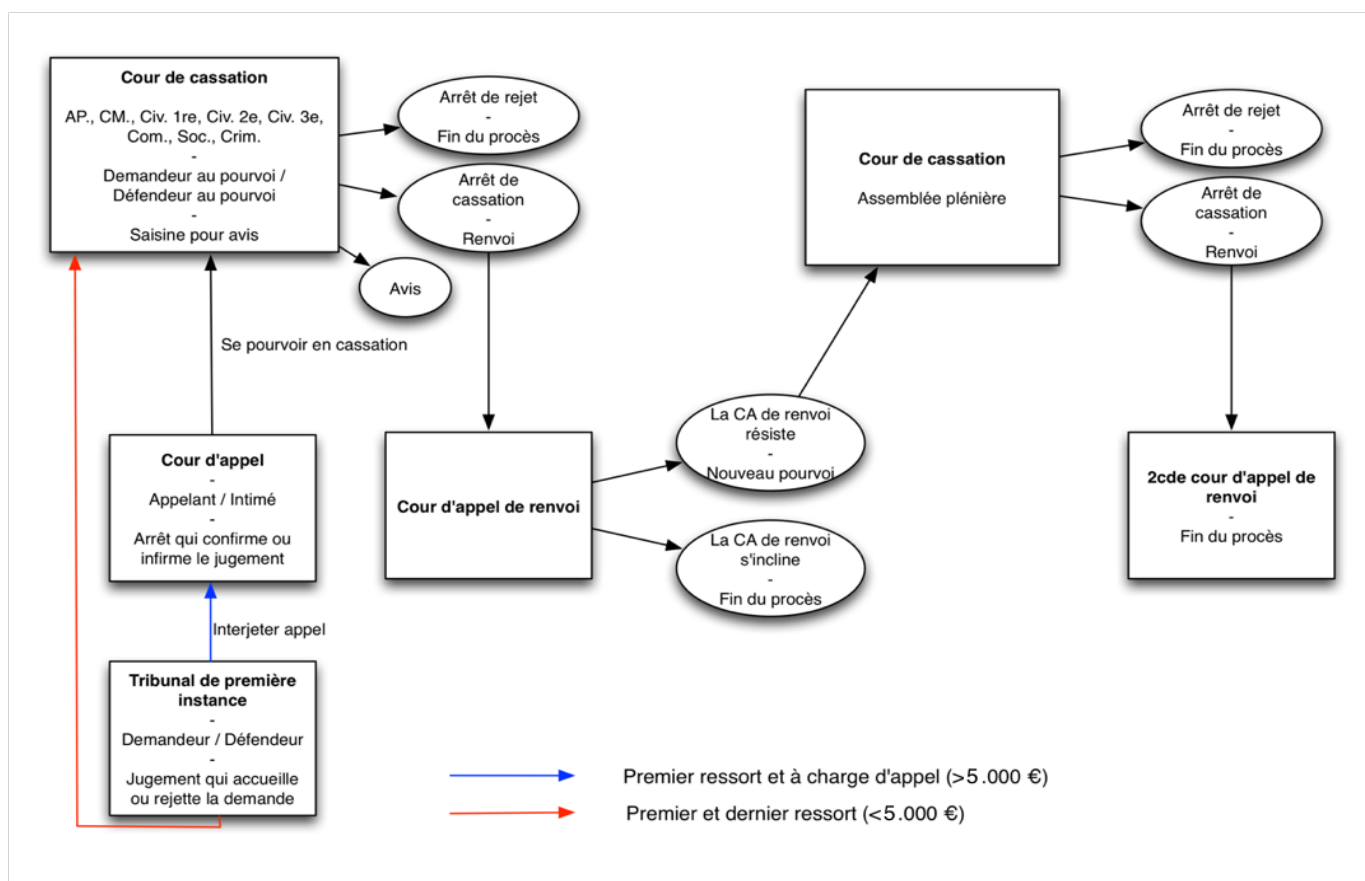
La Cour de cassation ne constitue toutefois pas un troisième degré de juridiction car elle n'est pas juge des faits mais seulement du droit. Autrement dit, elle tient en principe pour acquis les faits tels qu'ils lui sont présentés par le juge d'appel et ne se prononce que sur le bienfondé, en droit, de la solution retenue par le juge d'appel. C'est d'ailleurs ce qui justifie le nom de « **juges du fond** » des juges de première instance et des juges d'appel, par opposition à ceux de la Cour de cassation.

En principe, la Cour de cassation ne peut donc pas mettre fin au litige sur lequel elle statue. Elle se contente d'approuver la solution des juges du second degré lorsqu'elle rend un **arrêt de rejet** (elle rejette le pourvoi) ou à l'inverse, de censurer les juges du fond par un **arrêt de cassation** (elle casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel). Si dans la première hypothèse, le contentieux est en principe définitivement terminé, dans la seconde, le litige est habituellement renvoyé devant une **Cour d'appel de renvoi**, différente de la première (géographiquement ou dans sa composition), puisqu'il n'est pas de la compétence de la Cour de cassation d'appliquer aux faits la nouvelle solution qu'elle dégage dans son arrêt de cassation.

Tel est le rôle de la Cour d'appel de renvoi, qui peut cependant ne pas s'incliner devant la Cour de cassation et « résister » en adoptant une solution identique à celle de la première Cour d'appel, ou

une solution différente de toutes celles dégagées antérieurement dans le litige. Autrement dit, les juges du fond conservent une entière liberté d'appréciation face à la Cour de cassation, même si, en pratique, ils font assez peu usage de leur pouvoir de résistance. Lorsque tel est le cas, le justiciable mécontent, qui avait obtenu gain de cause devant la Cour de cassation et qui perd à nouveau son procès devant la Cour d'appel de renvoi, peut alors former un second pourvoi en cassation, qui sera examiné cette fois-ci par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation s'il porte sur la même question.

Le mécanisme du pourvoi en cassation



3- Rôle de la Cour de cassation

La Cour de cassation a d'abord pour mission de **contrôler l'exacte application du droit** par les tribunaux et les Cours d'appel. Mais son rôle va au-delà. La Cour de cassation garantit également l'interprétation uniforme de la loi. Elle joue ainsi un **rôle d'unification du droit** : en étant unique, elle

bénéficie en quelque sorte d'un monopole de l'interprétation des règles de droit et s'assure que le droit est compris - et appliqué - de la même manière sur tout le territoire français.

Exemple : la question de la validité du mariage homosexuel

Avant la loi du 17 mai 2013, la question de la validité du mariage homosexuel s'était posée en jurisprudence. Le code civil de l'époque contenait la disposition suivante : « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* » (art. 144 ancien). Le texte avait été interprété de manière différente (opposée) par les juridictions du fond. Certaines juridictions avaient interprété ce texte comme interdisant le mariage entre personnes de même sexe (« *l'homme et la femme* »). D'autres juridictions avaient au contraire considéré que le texte n'interdisait pas expressément à deux hommes ou à deux femmes ayant tous deux dix-huit ans révolus de se marier ensemble. Dans son célèbre arrêt Bègles, la Cour de cassation a finalement tranché en faveur de l'interdiction du mariage homosexuel (Civ. 1, 13 mars 2007). Ce faisant, elle a unifié l'interprétation de l'art. 144 ancien du code civil. Plus tard, la loi du 17 mai 2013 a consacré la validité du mariage homosexuel.

Les arrêts de la Cour de cassation sont parfois décisifs et peuvent « **faire jurisprudence** », par exemple lorsqu'il n'existe pas de textes applicables à la question tranchée ou lorsqu'une interprétation de ceux qui existent est rendue nécessaire par leur manque d'intelligibilité ou leur caractère lacunaire. Même s'il existe des jurisprudences parmi les juridictions du fond, l'autorité attachée à la Cour de cassation fournit à ses décisions une portée plus importante que celle des juridictions du fond. Cette affirmation est encore plus forte s'agissant des arrêts rendus en Assemblée Plénière (une dizaine par an).

Ce phénomène jurisprudentiel est particulièrement intéressant, car en raison du principe de séparation des pouvoirs, le juge ne devrait pas en principe être source de droit. Le pouvoir de créer du droit appartient au législateur. D'ailleurs, **l'art. 5 du code civil** interdit aux juges de rendre des « **arrêts de règlement** » qui auraient une portée générale et dont les solutions pourraient s'appliquer à d'autres litiges que celui qui est tranché. On constate toutefois que ce rôle traditionnel du juge est largement dépassé. Le juge est aujourd'hui conduit à jouer un rôle beaucoup plus important, que ce soit dans l'interprétation des textes comme dans la création de principes généraux, sources de droit. Cette mutation profonde du rôle de la Cour de cassation fait d'ailleurs aujourd'hui l'objet d'une réflexion d'ensemble dont le point de départ est le constat de son encombrement.

Pour aller plus loin
<p>Présentation de la Cour de cassation sur son site internet :</p> <p>https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/</p>

4- Encombrement de la Cour de cassation

Le nombre de pourvois en cassation étant de plus en plus important, on observe depuis quelques années un **encombrement** de la Cour de cassation, qui en affecte le fonctionnement et qui rallonge d'autant les délais de jugement. Le phénomène de la « **lenteur de la justice** » est alors régulièrement dénoncé. Alors qu'en 2008 (chiffres publiés sur le site de la Cour de cassation), il y avait à peu près autant de pourvois formés que de pourvois jugés (autour de 19 000), en 2017, il y avait plus de pourvois formés (22 040) que de pourvois jugés (19 999). Le **stock de dossiers** en attente de traitement augmentait donc progressivement (19 648 dossiers le 31 décembre 2008 ; 24 256 au 31 décembre 2017). En 2017, le **délai moyen** de traitement d'un pourvoi en cassation était de 14 mois. À titre comparatif, la Cour suprême américaine rend seulement une centaine d'arrêts chaque année.

Alors que la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales garantit, en son art. 6, le droit d'être jugé « dans un délai raisonnable », **plusieurs remèdes**, de nature différente, ont alors été envisagés au fil des dernières années pour lutter contre ce phénomène d'encombrement :

- Le premier d'entre eux consiste évidemment dans **l'augmentation du nombre de magistrats**. Cette solution, longtemps évitée par les pouvoirs publics en raison de son coût, commence à être appliquée, notamment en ce qui concerne les juges judiciaires recrutés par la voie du concours d'accès à l'École nationale de la magistrature (ENM). Ainsi, le nombre de places offertes au concours est en augmentation régulière depuis quelques années (195 en 2021, 285 en 2022, 353 en 2023 et en 2024).
- Différents mécanismes parviennent à faire diminuer le nombre de recours en justice, comme le développement des **modes alternatifs de règlement des litiges** (conciliation, médiation, arbitrage, transaction...). D'autres stratégies existent pour éviter les contentieux. Ainsi, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, il est possible de divorcer par contrat, sans juge (dans le seul cadre du divorce par consentement mutuel, V. art. 229 du code civil).
- On peut aussi citer une loi du 25 juin 2001 qui a instauré une procédure de **filtrage des pourvois** qui permet de ne pas juger les pourvois manifestement irrecevables, mal fondés ou

ne présentant aucune chance de réussite (près de 75 % des pourvois sont voués à l'échec...). En matière civile, près de 30 % des pourvois font l'objet d'une telle procédure de non-admission, ce qui a permis de réduire le nombre de recours devant être examinés, et du même coup, le délai moyen de jugement.

- Le développement de **l'informatique** - voire de **l'intelligence artificielle** – permettra peut-être aussi, à terme, de faciliter et d'accélérer les délais de jugement.

Ces remèdes ont commencé à **produire leurs effets**. Pour ce qui concerne les chambres civiles de la Cour de cassation, à compter de 2018 (chiffres publiés sur le site de la Cour de cassation), on observe une baisse du nombre de pourvois formés devant la Cour de cassation, avec, pour la première fois depuis longtemps, un nombre plus important de pourvois jugés que de pourvois formés. Cette tendance s'est affirmée depuis, si l'on met à part l'année 2021 qui peut s'expliquer par les effets de la pandémie de Covid-19. En revanche, le délai moyen de jugement tend à augmenter régulièrement depuis plusieurs années, passant de 13,5 mois en 2018 à 15,8 mois en 2023. De même, après une réduction significative entre 2016 et 2020, le stock de dossiers en attente de jugement est en augmentation constante.

	Nombre de pourvois formés	Nombre de pourvois jugés	Stock	Délai moyen de jugement
2016	19 296	21 233	22 052	14,3 mois
2017	22 040	20 291	24 256	14 mois
2018	16 805	21 442	19 835	13,5 mois
2019	16 419	17 501	19 231	14,5 mois
2020	13 267	14 071	18 714	15,5 mois
2021	15 781	15 006	19 894	16,5 mois
2022	14 915	14 951	20 131	15,7 mois
2023	14 408	14 315	22 781	15,8 mois

L'effort doit donc se poursuivre. À ce titre, en avril 2017, le Premier président de la Cour de cassation avait présenté au gouvernement un **projet de réforme de la Cour de cassation** qui visait essentiellement à instituer un **filtrage plus étroit des pourvois**, suivant la logique « juger moins pour juger mieux ». Ce projet a toutefois été **rejeté en bloc** en novembre 2019 par la commission, présidée par l'ancien garde des Sceaux Henri Nallet, chargée de l'examiner. La commission a été sensible à l'égalité des citoyens devant la loi et à la nécessaire préservation du droit au recours de tout justiciable. Dans le projet de réforme, le pourvoi devait en effet être soumis à autorisation délivrée par une chambre composée de trois magistrats. Cette autorisation ne devait être accordée que si l'affaire soulevait « une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit », « une

question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence », ou si elle portait « une atteinte grave à un droit fondamental ». Un tel filtrage devait permettre de réduire de moitié le nombre de pourvois faisant l'objet d'un examen complet en matière civile.

La Cour de cassation poursuit sa réflexion sur son avenir. Dès son arrivée en 2019, Mme Chantal Arens, Première présidente de la Cour de cassation a institué plusieurs groupes de travail à cette fin. La commission de réflexion sur « **La Cour de cassation 2030** » a rendu public son rapport comprenant 37 recommandations qui suggèrent de nombreuses évolutions. Elles devront désormais être examinées par les magistrats de la Cour de cassation pour déterminer celles qu'ils retiennent, leurs modalités de mise en œuvre, qui pourront être immédiates ou progressives suivant qu'elles nécessitent ou non des réformes législatives ou des efforts budgétaires.

Pour aller plus loin

Les chiffres-clés de la Justice 2024 :

<https://www.justice.gouv.fr/documentation/etudes-et-statistiques/chiffres-cles-justice-2024>

FICHE 2 : LES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

L'un des enjeux du premier semestre des études de droit est d'apprendre à déchiffrer les arrêts rendus par la Cour de cassation. Ce sont eux en effet qui garnissent majoritairement les fiches de travaux dirigés, en raison de l'autorité qui est attachée à la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire.

La Cour de cassation rend deux types d'arrêts différents : les **arrêts de rejet** et les **arrêts de cassation**.

- Lorsqu'elle rejette le pourvoi, la Cour de cassation exprime son désaccord avec les critiques adressées par le demandeur à la décision des juges du fond. Dans une telle hypothèse, le litige est définitivement terminé et le requérant ne dispose plus d'aucun recours, du moins en droit interne (il peut encore saisir la Cour européenne des droits de l'homme si les conditions de sa saisine sont remplies).
- Lorsque la Cour de cassation casse et annule une décision des juges du fond, elle exprime cette fois-ci un désaccord avec les arguments retenus par une juridiction que l'on nomme « motifs ». Dans cette hypothèse, il y a en principe renvoi de l'affaire devant une Cour d'appel de renvoi ; la Cour de cassation n'étant pas juge des faits et ne pouvant pas, en principe, mettre fin elle-même au litige.

La Cour de cassation avait pris l'habitude d'adopter un style et une structure bien particuliers dans la présentation de ses arrêts (I). Cette présentation classique a été jugée trop complexe. Depuis peu, la présentation des arrêts de la Cour de cassation a été modernisée, dans un souci de simplification (II).

I. PRÉSENTATION CLASSIQUE DES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

Au fil des années, la Cour de cassation a forgé un style de rédaction et de présentation de ses arrêts, qui la distinguait des autres juridictions. Un arrêt de la Cour de cassation était reconnaissable par plusieurs de ses caractéristiques :

- La Cour de cassation avait ainsi pris l'habitude de rédiger ses arrêts en suivant le schéma d'une **phrase unique**, dont chaque partie commençait par la célèbre formule « **attendu que...** ».
- En outre, la **rédaction** était particulièrement sobre de détails, voire **lapidaire**. Par exemple, cette présentation classique ne comportait aucune référence à la jurisprudence passée sur la question à trancher, les arrêts de cassation ne comportaient pas l'énoncé des moyens soulevés par le demandeur, aucune indication n'était fournie quant aux éventuels débats que la question pouvait soulever...Il revenait alors au commentateur de l'arrêt de procéder lui-même à de fines et parfois délicates recherches afin de mesurer l'apport de la décision.

Les arrêts de rejet (A) et les arrêts de cassation (B) répondaient à une structure différente mais scrupuleusement respectée par la Cour de cassation.

A. Les arrêts de rejet

Dans un arrêt de rejet, la Cour de cassation refuse les arguments soulevés par le demandeur mais approuve le raisonnement suivi par les juridictions du fond. Ils sont généralement présentés de la manière suivante :

- **Le résumé des faits** : la Cour de cassation expose les circonstances qui ont conduit à la décision frappée de pourvoi. C'est une première partie très brève, qui commence par l'expression « attendu que... ».
- **L'exposé de la procédure antérieure** : la Cour de cassation indique les décisions de justice ayant été rendues dans l'affaire examinée avant elle, en se limitant bien souvent au seul arrêt de la Cour d'appel, sans allusion au jugement de première instance.
- **La synthèse des moyens du pourvoi** : la Cour de cassation résume les principaux arguments soutenus par le demandeur dans son pourvoi, lui permettant de critiquer l'arrêt rendu par les juges d'appel.
- **La réfutation des moyens du pourvoi** : la Cour de cassation expose les motifs pour lesquels elle désapprouve les moyens du pourvoi et, corrélativement, approuve la décision des juges du fond. Cette partie commence en général par l'expression « Mais attendu que... ».
- **Le dispositif** : la Cour de cassation tire la conséquence de ce qui précède en rejetant le pourvoi. Cette conclusion débute par l'expression « Par ces motifs... ».

Exemple : Civ. 2, 5 juillet 2001 (n° 99-21.445)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 octobre 1999) que Mme X..., invoquant le préjudice que lui a causé Mme Y... en ayant entretenu une liaison avec son mari dont elle a eu un enfant, événement qu'elle lui a révélé en intentant une action en recherche de paternité (**résumé des faits**), a assigné cette dernière sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour lui réclamer la somme de 300 000 francs à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de sa demande (**résumé de la procédure antérieure**), alors, selon le moyen :

1° que toute personne qui, en connaissance de cause, aide autrui à enfreindre le devoir de fidélité inhérent au mariage, par sa participation à un adultère commet une faute l'obligeant à réparer le préjudice subi par le conjoint trompé ; qu'en affirmant que le fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constituait pas une faute à l'égard de l'épouse de cet homme, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

2° que toute faute, même légère, qui a causé un préjudice à autrui, engage la responsabilité de son auteur ; qu'en estimant dès lors qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à Mme Y... au motif qu'elle n'a pas cherché à nuire à la conjointe de son amant ni usé de manœuvres pour le détourner de son épouse, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil (**moyens du pourvoi**);

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il n'était pas prétendu que Mme Y..., qui n'a jamais rencontré Mme X... antérieurement à sa liaison ni au cours de celle-ci, aurait, par son attitude, créé le scandale ou cherché à nuire spécifiquement au conjoint de son amant, qu'il n'était pas davantage soutenu qu'elle aurait à la suite de manœuvres détourné M. X... de son épouse, la cour d'appel a pu décider que le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse (**réfutation des moyens du pourvoi**);

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (**dispositif**)

B. Les arrêts de cassation

Les arrêts de cassation obéissent à une logique quelque peu différente, dans la mesure où la Cour de cassation marque un désaccord avec une décision de justice, quant à l'application ou l'interprétation du droit. Ils suivent généralement les étapes suivantes :

- **Le visa** : la Cour de cassation commence par indiquer quelles sont les règles de droit mal appliquées ou interprétées par les juges du fond (lois, traités, règlements, adages, principes généraux du droit...et même des normes beaucoup plus anciennes comme l'ordonnance de Villers-Cotterêt du 25 août 1539 ! Pour un ex, v. Com., 14 décembre 2022, n° 20.17-768). Ce visa commence par l'expression « Vu... » et est parfois suivi d'un attendu, appelé « chapeau » dans lequel la Cour de cassation rappelle le contenu des textes visés et indique l'interprétation qu'elle en retient.
- **Le résumé des faits** : la Cour de cassation expose les circonstances qui ont conduit à la décision frappée de pourvoi. C'est une partie très brève, qui commence par l'expression « attendu que... ».
- **L'exposé de la procédure antérieure** : la Cour de cassation indique les décisions de justice ayant été rendues dans l'affaire examinée avant elle, en se limitant bien souvent au seul arrêt de la Cour d'appel, sans allusion au jugement de première instance.

- **La réfutation des motifs de la Cour d'appel** : la Cour de cassation annonce son désaccord avec les arguments retenus par les juges du fond et l'explique. Cette étape commence souvent par l'expression « Attendu cependant que... ».
- **Le dispositif** : la Cour de cassation tire la conséquence de ce qui précède en cassant et en annulant l'arrêt rendu par la Cour d'appel. Cette conclusion débute par l'expression « Par ces motifs... ». En outre, il est indiqué si l'affaire est ou non renvoyée devant une autre Cour d'appel et, si oui, à laquelle.

Exemple : Soc., 18 décembre 2013 (n° 12-17.832)

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (**visa**) ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé le 2 novembre 1995 en qualité de technicien maintenance par la société REM, devenue EURL REM, M. X... a été licencié pour faute grave par lettre du 12 mai 2009 (**résumé des faits**) ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que l'huissier de justice mandaté par l'employeur a relevé sur l'ordinateur d'une collègue du salarié cent soixante-dix-huit courriels émanant de ce dernier, pour la plupart téléchargés en vidéo, consistant en dessins animés, scènes de sexe, d'humour, de politique, de football féminin ; que si ce comportement, reconnu par le salarié, est contraire non seulement au règlement intérieur de l'entreprise mais également aux obligations du salarié, censé consacrer son temps de travail à l'accomplissement de sa mission, il n'est pas démontré par l'employeur que ces agissements ont été de nature à porter atteinte à l'image de la société, à porter préjudice à son fonctionnement, ni que le temps consacré par le salarié à l'envoi de ces messages a été à l'origine d'une négligence des tâches qui lui incombaient ; que par ailleurs, s'agissant de l'intervention tardive sur le variateur d'une plieuse resté en panne pendant plusieurs semaines, ce seul grief n'est pas suffisant pour caractériser un comportement fautif du salarié (**exposé de la procédure antérieure**) ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le salarié avait, en violation de ses obligations contractuelles et du règlement intérieur de l'entreprise prohibant les connexions sur internet à des fins personnelles, envoyé à ses collègues de travail à partir de l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise cent soixante-dix-huit courriels accompagnés de vidéos à caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif, ce qui caractérisait une faute, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés (**réfutation des motifs de la Cour d'appel**) ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que le licenciement de M. X...est sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il condamne l'EURL REM à lui payer des sommes à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité de préavis, d'indemnité conventionnelle de licenciement et au titre de la période de mise à pied, l'arrêt rendu le 21 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon (**dispositif**).

II. PRÉSENTATION MODERNE DES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

Depuis le 1er octobre 2019, la Cour de cassation a adopté une nouvelle forme de rédaction de ses arrêts. Adoptée après cinq années de réflexion, cette réforme a pour objectif principal de rendre les décisions de la Cour de cassation plus intelligibles.

Pour aller plus loin

Comprendre le nouveau mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation :

<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/le-nouveau-mode-de-redaction-des>

La **présentation classique** était en effet vivement **critiquée**, en raison de son style lapidaire, parfois obscur, y compris d'ailleurs par la Cour européenne des droits de l'homme qui a déjà condamné la France pour cette raison (ex : CEDH, 14 mars 2019, n° 38299/15, Quilichini c./ France). L'objectif ainsi poursuivi s'intègre d'ailleurs dans une réflexion plus globale destinée à **simplifier le droit** afin de le rendre plus accessible aux profanes, puisque « nul n'est censé ignorer la loi ». En même temps, cette réforme de la présentation des arrêts de la Cour de cassation doit renforcer leur pouvoir de persuasion et, ainsi, contribuer à la diffusion du droit français dans le champ juridique international.

La nouvelle présentation des arrêts abandonne la phrase unique et la très solennelle expression « attendu que » propre à la Cour de cassation (« considérant que » pour le Conseil d'État). Les arrêts sont désormais rédigés dans un **style direct** et découpés en plusieurs **paragraphes numérotés** (comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme). La numérotation des paragraphes simplifie la tâche du commentateur qui peut désormais se référer à des numéros pour citer la décision commentée.

Tous les arrêts sont découpés en **trois parties identifiées** et désignées comme telles :

- Les faits et la procédure ;
- L'examen des moyens du pourvoi ;

- Le dispositif (Par ces motifs).

En outre, les arrêts les plus importants font l'objet d'une « **motivation développée** », l'occasion pour la Cour de cassation d'abandonner la concision qui la caractérise habituellement. Cette motivation développée comprend :

- Des explications sur la méthode d'interprétation des textes retenus par la Cour de cassation ;
- La mention des solutions alternatives non retenues lorsqu'elles ont fait l'objet de discussions sérieuses au cours de délibéré et des raisons pour lesquelles elles ont été écartées ;
- En cas de revirement de jurisprudence, notamment, la mention des solutions précédentes ;
- Des informations sur les études d'incidences, lorsqu'il y en a et qu'elles ont rempli un rôle conséquent dans le choix de la solution retenue.

La motivation développée devrait s'appliquer, notamment, aux revirements de jurisprudence ainsi qu'aux décisions qui tranchent une question de principe, interprètent un texte nouveau, présentent un intérêt pour l'unité de la jurisprudence ou mettent en jeu la garantie d'un droit fondamental. Sont également concernées toutes les décisions qui tranchent une demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ou une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme.

On peut s'interroger sur la **portée** d'une telle réforme. Certes, pour l'étudiant débutant en droit, la nouvelle rédaction semble plus lisible et lui évitera sans doute des contresens. Le risque de confondre la thèse du pourvoi ou la motivation de la Cour d'appel avec la réponse de la Cour de cassation semble ainsi atténué. Avec l'ancienne présentation, il suffisait en effet de manquer le « Mais attendu que... » ou le « Qu'en statuant ainsi... » qui introduisait la solution de la Cour de cassation pour effectuer un contresens total de l'arrêt. Il reste que, pour ne pas se priver de deux siècles de jurisprudence, tout étudiant en droit doit savoir déchiffrer un arrêt présenté dans la forme ancienne. En outre, certains déplorent d'ores et déjà la longueur des nouvelles décisions.

Exemple : Soc., 23 novembre 2022 (n° 21-14.060)

La chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application des articles R. 421-4-1 et R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Intervention

1. Il est donné acte à l'association SOS Racisme - touche pas à mon pote de son intervention.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 novembre 2019) et les productions, M. [T] a été engagé le 7 mai 1998 par la société Air France, en qualité de steward.

3. A compter de 2005, le salarié s'est présenté coiffé de tresses africaines nouées en chignon à l'embarquement, lequel lui a été refusé par l'employeur au motif qu'une telle coiffure n'était pas autorisée par le manuel des règles de port de l'uniforme pour le personnel navigant commercial masculin. Par la suite et jusqu'en 2007, le salarié a porté une perruque pour exercer ses fonctions.

4. Soutenant être victime de discrimination, il a saisi, le 20 janvier 2012, la juridiction prud'homale de diverses demandes.

5. Le 13 avril 2012, l'employeur a notifié au salarié une mise à pied sans solde de cinq jours pour présentation non conforme aux règles de port de l'uniforme.

6. Le 17 février 2016, le salarié a été déclaré définitivement inapte à exercer la fonction de personnel navigant commercial, en raison d'un syndrome dépressif reconnu comme maladie professionnelle par la caisse primaire d'assurance maladie.

7. Après avoir bénéficié d'un congé de reconversion professionnelle et confirmé qu'il ne souhaitait pas de reclassement au sol, il a été licencié le 5 février 2018 pour inaptitude définitive et impossibilité de reclassement.

8. En cause d'appel, le salarié a demandé la condamnation de l'employeur au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts pour discrimination, harcèlement moral et déloyauté, d'un rappel de salaire pour la période du 1er janvier 2012 au 28 février 2014 et les congés payés afférents, la nullité de son licenciement et en conséquence la condamnation de l'employeur au paiement de dommages-intérêts à ce titre, d'un solde de préavis avec les congés payés afférents et d'une indemnité de licenciement.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses huitième et neuvième branches

Énoncé du moyen

9. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de dommages-intérêts au titre de la discrimination, du harcèlement moral et de la déloyauté, de sa demande de rappels de salaire du 1er janvier 2012 au 28 février 2014, ainsi que de ses demandes tendant à la nullité de son

licenciement et au paiement de sommes subséquentes à titre de dommages-intérêts, de solde sur préavis, de congés payés afférents et d'indemnité de licenciement, alors :

« 8°/ que s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié, d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; qu'en écartant la discrimination sans préciser en quoi les tresses africaines nuiraient à l'image de la compagnie Air France, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

9°/ que s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié, d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le salarié n'avait pu exercer ses fonctions et avait dû porter une perruque pour pouvoir embarquer sur les vols qu'il devait assurer, ce à raison de sa coiffure faite de tresses africaines pourtant autorisée pour les femmes, et que "les éléments de fait apportés par M. [T] laissent supposer un harcèlement fondé sur une discrimination" ; que pour écarter la discrimination à raison du sexe, la cour d'appel s'est bornée à faire état d'une "différence d'apparence admise à une période donnée entre hommes et femmes en terme d'habillement, de coiffure, de chaussures et de maquillage" et à affirmer que "ce type de différence qui reprend les codes en usage ne peut être qualifiée de discrimination" ; qu'en justifiant ainsi la différence de traitement constatée par une discrimination communément admise, la cour d'appel a violé les articles L.1132-1 et L.1134-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, et L. 1133-1 du code du travail, mettant en œuvre en droit interne les articles 2, § 1, et 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail :

10. Il résulte de ces textes que les différences de traitement en raison du sexe doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle véritable et déterminante et être proportionnées au but recherché.

11. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 mars 2017, Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole, C-188/15), que par analogie avec la notion d'"exigence professionnelle essentielle et déterminante" prévue à l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la notion d'"exigence professionnelle véritable et déterminante", au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause.

Il résulte en effet de la version en langue anglaise des deux directives précitées que les dispositions en cause sont rédigées de façon identique : "such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement".

12. Pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre de la discrimination, du harcèlement moral et de la déloyauté, de ses demandes de rappels de salaire et tendant à la nullité du licenciement et au paiement de sommes subséquentes, l'arrêt, après avoir constaté que le manuel de port de l'uniforme des personnels navigants commerciaux masculins mentionne que "les cheveux doivent être coiffés de façon extrêmement nette. Limitées en volume, les coiffures doivent garder un aspect naturel et homogène. La longueur est limitée dans la nuque au niveau du bord supérieur du col de la chemise. Décoloration et ou coloration apparente non autorisée. La longueur des pattes ne dépassant pas la partie médiane de l'oreille. Accessoires divers : non autorisés", retient que ce manuel n'instaure aucune différence entre cheveux lisses, bouclés ou crépus et donc aucune différence entre l'origine des salariés et qu'il est reproché au salarié sa coiffure, ce qui est sans rapport avec la nature de ses cheveux.

13. Il ajoute que si le port de tresses africaines nouées en chignon est autorisé pour le personnel navigant féminin, l'existence de cette différence d'apparence, admise à une période donnée entre hommes et femmes en termes d'habillement, de coiffure, de chaussures et de maquillage, qui reprend les codes en usage, ne peut être qualifiée de discrimination.

14. L'arrêt énonce encore que la présentation du personnel navigant commercial fait partie intégrante de l'image de marque de la compagnie, que le salarié est en contact avec la clientèle d'une grande compagnie de transport aérien qui comme toutes les autres compagnies aériennes impose le port de l'uniforme et une certaine image de marque immédiatement reconnaissable, qu'en sa qualité de steward, il joue un rôle commercial dans son contact avec la clientèle et représente la compagnie et que la volonté de la compagnie de sauvegarder son image est une cause valable de limitation de la libre apparence des salariés.

15. L'arrêt en déduit que les agissements de la société Air France ne sont pas motivés par une discrimination directe ou indirecte et sont justifiés par des raisons totalement étrangères à tout harcèlement.

16. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la société Air France avait interdit au salarié de se présenter à l'embarquement avec des cheveux longs coiffés en tresses africaines nouées en chignon et que, pour pouvoir exercer ses fonctions, l'intéressé avait dû porter une perruque masquant sa coiffure au motif que celle-ci n'était pas conforme au référentiel relatif au personnel navigant commercial masculin, ce dont il résultait que l'interdiction faite à l'intéressé de porter une coiffure, pourtant autorisée par le même référentiel pour le personnel féminin, caractérisait une discrimination directement fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe, la cour d'appel, qui, d'une part, s'est prononcée par des motifs, relatifs au port de l'uniforme, inopérants pour justifier que les restrictions imposées au personnel masculin relatives à la coiffure étaient nécessaires pour permettre l'identification du personnel de la société Air France et préserver l'image de celle-ci, et qui, d'autre part, s'est fondée sur la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin, laquelle ne peut constituer une exigence professionnelle véritable et déterminante justifiant une différence de traitement relative à la coiffure entre les femmes et les

hommes, au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. [T] de ses demandes de dommages-intérêts au titre de la discrimination, du harcèlement moral et de la déloyauté, de rappels de salaire du 1er janvier 2012 au 28 février 2014, ainsi que de sa demande tendant à la nullité de son licenciement et au paiement de dommages-intérêts à ce titre, de solde sur préavis et congés payés afférents et d'indemnité de licenciement, et en ce qu'il condamne M. [T] à payer à la société Air France la somme de 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens d'appel, l'arrêt rendu le 6 novembre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Air France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Air France et la condamne à payer à la SCP Thouvenin, Coudray et Grevy la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois novembre deux mille vingt-deux.

FICHE 3 : LA CODIFICATION

Le droit privé français a été marqué par un mouvement de codification à partir du début du 19^e siècle, par lequel s'est réalisée l'unification de celui-ci. Il faut alors retracer l'état du droit avant la codification (I) puis depuis la codification (II).

I. LE DROIT CIVIL AVANT LA CODIFICATION

Deux périodes peuvent être distinguées avant l'époque de la codification : l'Ancien droit (A) et le Droit intermédiaire (B).

A. L'Ancien droit

L'Ancien droit est marqué par la diversité des coutumes (1) puis par l'apparition de différents facteurs d'unification (2).

1- Diversité des coutumes

L'Ancien droit est la **période antérieure à la révolution de 1789**. Il se caractérise par une **diversité des règles civiles** sur le territoire qui s'explique notamment par l'absence d'un pouvoir central fort capable d'imposer sa volonté sur un territoire morcelé par le système féodal.

Il y a des coutumes diverses dans leur application géographique, comme le soulignait **Voltaire** dans son dictionnaire philosophique de 1778 : « *il y a, dit-on, cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force de loi ; ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce pays change de lois presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste* ».

On peut néanmoins classer ces coutumes en deux grandes catégories :

- Les **Pays de coutume**, qui avaient subi l'influence de la Gaule et des invasions franques et germaniques, se situaient au Nord de la France (les coutumes de Paris, de Normandie, de Bretagne, d'Orléans étaient les plus répandues) ;
- Les **Pays de droit écrit**, qui avaient subi l'influence romaine, se situaient au Sud de la France.

Deux facteurs ont été source d'unification de ces coutumes :

- La rédaction des coutumes a été faite par l'**Ordonnance de Montils-lès-Tours en 1453**.

- Le sens et la portée des coutumes étaient fixés par la **jurisprudence des Parlements** qui disposaient de larges pouvoirs. En particulier, ils pouvaient rendre des **arrêts de règlement** aujourd'hui interdits par l'article 5 du code civil, c'est-à-dire des décisions à caractère général et ayant force de loi dans leur ressort.

Peu à peu, un droit uniforme se met ainsi en place.

2- Les sources d'uniformisation du droit

Plusieurs phénomènes contribuent à l'apparition progressive d'un droit uniforme, tant sur le fond que sur la forme.

AU FOND :

- **Le droit canonique**, c'est-à-dire le droit de l'Église (décisions des Conciles et des papes) régissait certaines matières du droit civil : état civil, mariage, interdiction du divorce, etc. Il y avait une unité de législation dans ces matières régies par le droit canonique.
- **Les Ordonnances royales** furent également un puissant facteur d'unification dans les domaines où elles intervinrent : Ordonnances de Colbert sur la procédure civile (1667), sur le droit criminel (1670), sur le commerce (1673) ou encore les Ordonnances civiles du chancelier d'Aguesseau sur les donations (1731), les testaments (1735). Ces textes marquaient l'apparition de la loi comme source du droit et corrélativement la disparition des coutumes.
- **Le droit romain** s'est appliqué de manière assez générale dans les pays de droit écrit. Il est diffusé car enseigné dans les Universités, et est plus élaboré et plus riche que la plupart des coutumes.
- **La doctrine** (Pothier, Domat) a également joué un rôle important dans l'unification du droit : elle a étudié et fait la synthèse des coutumes ; elle a ainsi préparé l'unification qui allait intervenir en 1804 avec le code civil.

SUR LA FORME :

L'**Ordonnance du 25 août 1539** sur le fait de la Justice, plus connue sous le nom d'**Ordonnance de Villers-Cotterêts**, impose le français dans les documents relatifs à la vie publique du royaume de France. La **langue française devient ainsi la langue officielle** du droit et de l'administration, en lieu et place du latin. Cette Ordonnance constitue la plus ancienne norme encore en vigueur aujourd'hui. Elle est encore utilisée par les juridictions !

Exemple : Soc., 10 février 2021, n° 19.13-454

Faits et procédure :

Une salariée est embauchée en tant qu'assistante de direction. Soutenant être victime de harcèlement moral, elle prend acte de la rupture de son contrat de travail. Puis elle assigne son employeur en indemnisation et en contestation de son licenciement. Les juges du fond la déboutent. Ils n'ont pas tenu compte des moyens de preuve qu'elle a fournis, au motif qu'ils n'étaient pas rédigés en français. La salariée forme un pourvoi en cassation.

Réponse de la Cour de cassation :

La Cour de cassation rejette son pourvoi en s'appuyant sur l'Ordonnance de Villers-Cotterêts. Elle relève que « *Si l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 ne vise que les actes de procédure, le juge est fondé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, à écarter comme élément de preuve un document écrit en langue étrangère, faute de production d'une traduction en langue française* ».

B. Le Droit intermédiaire

Le Droit intermédiaire est celui de la **période révolutionnaire**, de 1789 à 1804, date d'adoption du code civil.

- **Les institutions sont changées.** Outre le régime politique qui est renversé (disparition de la royauté), la révolution abolit le système féodal, et avec lui la division de la société en classes (noblesse, clergé, tiers-état). Elle abolit également les corporations de l'Ancien régime. Par ailleurs, l'unité politique est faite en supprimant les provinces, remplacées par les départements à la tête desquels un préfet représente l'État. Enfin, un nouveau système judiciaire est mis en place, celui que l'on connaît encore aujourd'hui : tribunaux de première instance, cours d'appel et tribunal de cassation assurant l'unité d'interprétation de la loi.
- **De nouveaux principes apparaissent**, avec la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** (1789) qui constitue le préambule de la Constitution du 3 septembre 1791. Les principes de laïcité, d'égalité et de liberté y sont affirmés.
- S'agissant des sources du droit, **l'uniformisation est réalisée** : la Révolution multiplie les lois qui renversent les coutumes antérieures, et qui ont vocation à s'appliquer sur tout le territoire. En revanche, **la codification n'a pu être accomplie à cette époque**. Cette mission a été confiée à Cambacérès qui prépara trois projets successifs qui échouèrent en raison principalement de leur caractère complexe, conservateur et philosophique.

II. LE DROIT CIVIL AVEC LA CODIFICATION

La codification marque un tournant important dans la construction du droit. On distingue plusieurs sortes de codifications :

- La **codification compilation** qui regroupe les textes sans les modifier ni les ordonner (c'est un recueil de textes juxtaposés).
- La **codification consolidation** qui consacre des solutions prétoriennes ou réunit dans un ordre logique et chronologique des textes d'une même question ou d'une même matière.
- La **codification à droit constant** qui consiste à mettre de l'ordre dans le droit existant, sans le modifier au fond mais en le réorganisant de manière rationnelle. Elle permet un meilleur accès à la règle mais comme il n'y a pas de réflexion sur le droit, cette codification ne permet pas de supprimer les incohérences existantes précédemment (ex : code du commerce).
- La **codification réformatrice**, la plus achevée, qui rassemble un ensemble de règles anciennes et un apport de règles nouvelles exprimant les principes d'organisation de la nouvelle société. Il ne s'agit alors pas de tout prévoir, mais de fixer de grands principes qui seront mis en application par les tribunaux.



LE CODE CIVIL

Lorsque l'on évoque cette la codification réformatrice, on pense surtout à la **rédaction du code civil**. Sous la pression de Napoléon Bonaparte, un arrêté des consuls du 24 thermidor an VIII nomma en effet une commission de quatre membres afin d'établir un nouveau projet de codification des lois civiles. Furent ainsi nommés **Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis et Maleville** qui établirent un projet en quatre mois. Précédé d'un Discours préliminaire rédigé par Portalis – resté très célèbre – il fut alors soumis aux tribunaux pour observations. Il fut ensuite discuté par le Conseil d'État qui lui donna sa forme définitive. Il fallut finalement quatre ans pour que le projet soit adopté sous le titre « **code civil des Français** » et promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (**21 mars 1804**). Il abrogeait du même coup toutes les lois romaines, les coutumes et les ordonnances contraires.

Le code civil a connu un **grand succès**, tant en France qu'à l'étranger où il a été largement exporté, notamment dans tous les pays qui ont fait l'objet de conquêtes napoléoniennes (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse, Italie, Amérique du Sud, Québec, Roumanie, etc.).

Puis vint le temps des **critiques** :

- Sur le plan technique : on reproche aux rédacteurs du code leur absence de préoccupations scientifiques.
- Sur le plan des idées, on met aujourd'hui en avant un certain vieillissement du code qui ne rendrait plus compte du droit positif contemporain (exemple : le droit des biens).

La **question d'une recodification** est alors aujourd'hui posée. La France l'a fait en d'autres matières (procédure civile, droit commercial). Des pays étrangers l'ont aussi fait (Pays-Bas en 1992, Québec en 1994, Allemagne en 1999).

Il semble que l'on s'oriente vers une autre voie que celle d'une **recodification globale**, en opérant seulement des **refontes partielles du code civil** :

- droit de la famille rénové sous l'impulsion du doyen Carbonnier dans les années 1970 ;
- droit des sûretés avec l'Ordonnance du 23 mars 2006 ;
- droit des incapacités réformé par une loi du 5 mars 2007 ;
- droit de la prescription refondu le 17 juin 2008 ;
- droit du mariage avec l'introduction du mariage pour tous par la loi du 17 mai 2013 ;
- droit des contrats avec l'Ordonnance du 10 février 2016 ;
- Une refonte du droit des contrats spéciaux et du droit de la responsabilité est actuellement en préparation.

On peut se demander si une recodification globale ne serait pas plus opportune, mais en même temps, on évoque aussi l'idée d'un code civil européen qui réaliserait l'uniformisation du droit civil au niveau européen.

La codification a connu un **énorme succès** qui a conduit à la confection de nombreux codes ces dernières années. Un auteur (N. Molfessis) a d'ailleurs évoqué le « pullulement des codes » dans l'un de ses articles publiés en 2004 dans l'ouvrage consacré au bicentenaire du code civil : code du commerce, code du travail, code des sociétés, code de procédure civile, code pénal, code de la route, code du tourisme, code de la fonction publique, code des marchés publics, code de la construction et de l'habitation, code de la consommation, code général des impôts, code de l'éducation, code des assurances, et même le code de la recherche, le code du patrimoine, le code minier, le code des ports maritimes, etc.

Dans les années 80, la France comptait une cinquantaine de codes, qui ont pour certains **beaucoup vieilli** (exemple : code du blé, code du vin). Aujourd'hui, on en compte 78 (parmi les plus récents : le

code du cinéma et de l'image animée, le code de la commande publique, le code forestier, le code des impositions sur les biens et services, le code général de la fonction publique, le code de justice militaire). Au total, environ deux tiers de notre droit est codifié. La codification reste un **outil de simplification du droit**. Elle est l'une des réponses au problème de la crise de la loi en ce qu'elle permet d'améliorer l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi.

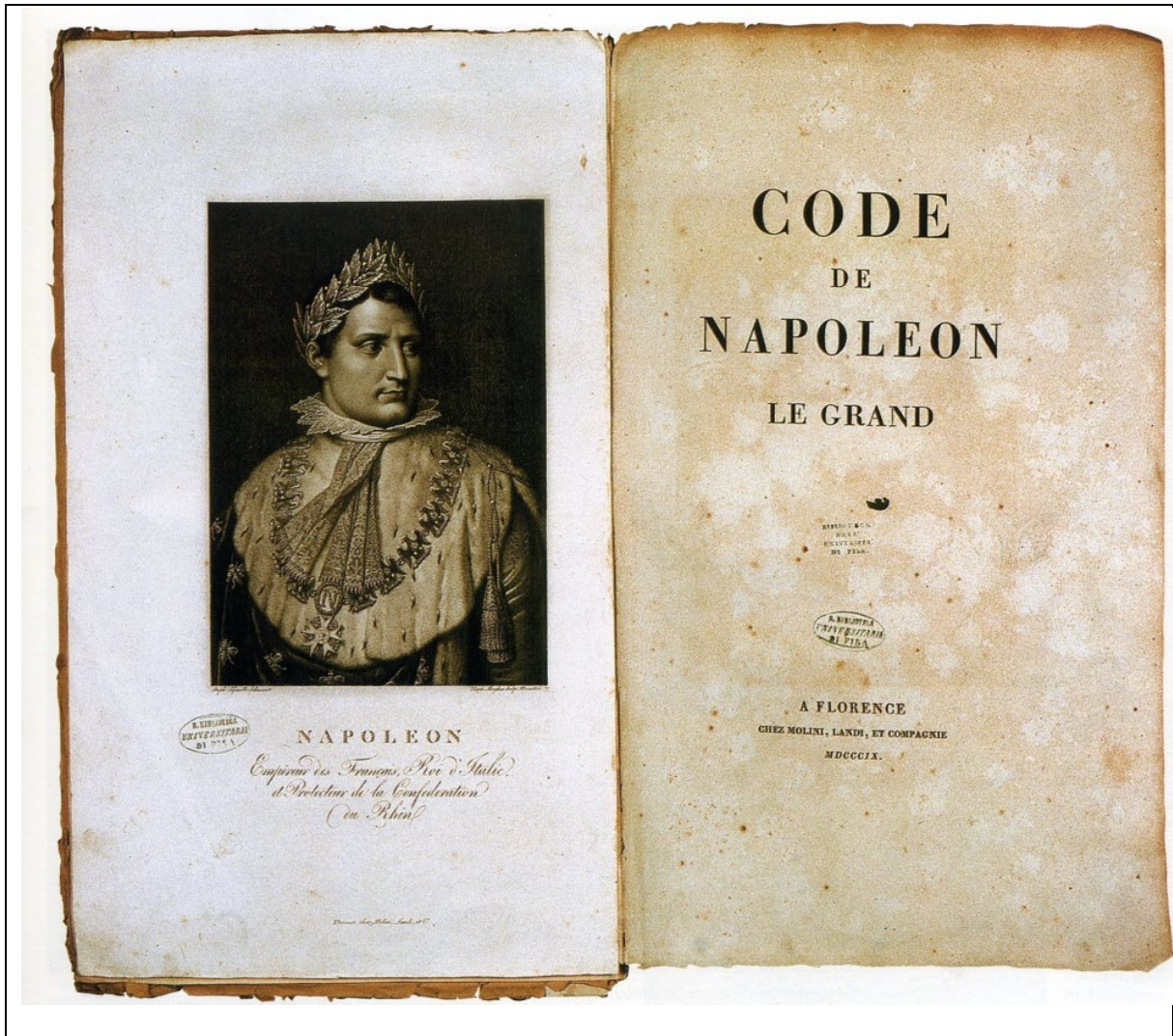
Pour aller plus loin

Napoléon et le Code civil

« *Citoyens, la révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, elle est finie* » annonce Napoléon Bonaparte peu après le coup d'État de novembre 1799. Cette déclaration trouve une de ses traductions dans l'élaboration du Code civil, promulgué le 21 mars 1804, qui marque durablement la société française. Il regroupe l'ensemble des lois civiles, c'est-à-dire celles qui déterminent le statut des personnes, celui des biens et celui des relations entre les personnes privées. Il uniformise ainsi, pour la première fois dans l'histoire de France, les règles de vie commune des Français.

Très présent durant les discussions, Bonaparte, qui n'a aucune formation en droit, s'entoure de quatre principaux rédacteurs : Portalis et Maleville, qui proviennent de pays de droit écrit et Bigot de Préameneu ainsi que Tronchet, issus de pays de coutumes. Le Code civil est ainsi une œuvre de compromis. Les réflexions conduisent à l'adoption de 36 lois votées entre 1801 et 1803, rassemblées ensuite dans un texte unique comprenant 2281 articles qui devient le Code civil. Il affirme des principes nouveaux : la laïcité de l'État, l'égalité des Français, la protection de la famille, la défense de la propriété, la liberté du travail.

En exil à Sainte-Hélène, Napoléon déclarera « *Ma vraie victoire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles (...), ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil* ». Autant au fond que sur la forme, le Code civil connaît en effet un véritable succès. Bien que modernisé à plusieurs reprises, de nombreux articles d'origine sont encore aujourd'hui applicables. Il en est ainsi de l'art. 2 selon lequel « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » ou de l'art. 544 aux termes duquel « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».



FICHE 4 : DROIT ET MORALE

Si le droit et la morale constituent deux domaines qui peuvent être rapprochés (I), il existe des arguments qui justifient leur distinction (II).

I. LE RAPPROCHEMENT DU DROIT ET DE LA MORALE

Comme toute règle, la règle de droit possède des antécédents qui l'expliquent et la justifient. Parmi ces sources, on trouve la morale définie comme un ensemble de pratiques sociales réglant les actions des hommes. Par le fait qu'elle est appelée à gouverner la vie des hommes en société, on peut facilement admettre que la **règle de droit s'inspire du milieu social dans lequel elle va s'intégrer**. C'est ce qui permet d'expliquer que la règle de droit évolue avec le temps, pour s'adapter aux mœurs.

Exemple : en droit de la famille, les évolutions liées à la morale sont nombreuses (admission du divorce, évolution de la place de la femme, dépenalisation de l'adultère, ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013...).

Le droit et la morale présentent ainsi des **interférences**, au point que certains auteurs ont montré que le droit était tout entier irrigué par la morale, notamment **Georges Ripert** dans son célèbre ouvrage « La règle morale dans les obligations civiles »¹ dans lequel il écrit : « *il y a de la sève morale dans le droit* ». De même, selon **Louis Josserand**, à qui l'on doit la théorie de l'abus du droit, il n'existe pas de frontière entre les deux domaines : selon lui, le droit n'est que la morale « *dans la mesure où elle devient susceptible de coercition* »².

Voici **quelques exemples** illustrant les interférences entre le droit et la morale :

- La morale impose de **ne pas tuer** ; l'art. 221-1 du code pénal réprime l'homicide.
- La morale rend l'individu **responsable de ses actes** ; l'art. 1240 du code civil impose à celui qui cause à autrui un dommage de le réparer.
- La morale postule **l'honnêteté**, ce qui peut être rapproché de l'exigence de loyauté souvent imposée par le droit. Par exemple, l'article 1104 al. 1^{er} du code civil prévoit que « *les contrats*

¹ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd., 1949.

² L. Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, 1927, n° 254, réédition, Dalloz 2006 p. 348.

doivent être négociés, formés, exécutés de bonne foi ». La théorie de l'abus du droit, consacrée dans l'affaire Clément Bayard en 1915 permet de sanctionner un propriétaire qui exerce son droit dans l'intention de nuire à autrui (Req., 3 août 1915). De même, en procédure civile, le principe du contradictoire impose aux parties à un procès de se communiquer en temps utiles leurs pièces respectives, etc.

- De la morale découle un principe de **respect d'autrui** ; l'art. 371 du code civil impose à l'enfant de respecter ses parents, à tout âge.
- La morale postule **l'entraide** ; l'art. 223-7 du code pénal sanctionne la non-assistance à personne en danger.
- Le code civil impose, en tant que condition de **validité du contrat**, qu'il soit **conforme aux bonnes mœurs** (art. 6 du code civil), article très empreint de morale.
- En principe, l'obligation civile s'oppose au simple devoir moral en ce que seule la première peut être sanctionnée par le droit. Ainsi, si le débiteur ne s'exécute pas volontairement, le créancier peut l'y contraindre en justice. Le devoir moral ne possède pas cette caractéristique de la contrainte étatique. Les deux notions se rejoignent pourtant. Il existe en effet une catégorie intermédiaire qui est celle des obligations dites « naturelles », par opposition aux obligations « civiles ». **L'obligation naturelle** se situe entre le devoir moral et l'obligation civile car elle n'est pas susceptible d'exécution forcée (elle se rapproche en cela du devoir moral), mais si le débiteur l'exécute volontairement, elle devient une obligation civile sanctionnée par le droit (elle se rapproche en cela de l'obligation civile). Lorsque les juges admettent que l'exécution d'un devoir moral a transformé l'obligation naturelle du débiteur en obligation civile, il y a bien rapprochement du droit et de la morale.

Exemple : Civ. 1, 4 janvier 2005 : une personne s'engage par écrit à partager les biens de son grand-père avec une autre personne considérée comme étant son frère, tout en connaissant le caractère incertain du lien de filiation entre les deux hommes. Au décès du grand-père, il se rétracte et refuse le partage. Les juges le condamnent pourtant à partager l'héritage au motif que l'engagement pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation morale transforme celle-ci en obligation civile³.

- En principe, **l'équité** n'est pas une source de droit.

³ Civ. 1, 4 janvier 2005, Bull. Civ. I n° 4, D. 2005. 1393, note G. Loiseau, RTDciv. 2005. 394, obs. J. Mestre et B. Fages.

Exemple : Dans une affaire où des salariés, qui avaient travaillé des jours fériés, exigeaient de leur employeur une majoration de leur salaire, les juges du fond firent droit à leur demande au motif que « *si en cas de non-travail d'un jour férié, il y a maintien du salaire, il serait inéquitable en cas de travail effectif de n'en rester qu'à l'attribution d'un salaire identique* ». La Cour de cassation a cependant cassé cet arrêt, sur le fondement de l'article 12 du code de procédure civile, en jugeant que « *l'équité n'est pas une source de droit* »⁴.

Pourtant, dans un arrêt du 23 janvier 2007, la Cour de cassation a bien fait produire un effet juridique à un engagement moral, ce qui participe du rapprochement entre les deux domaines : « *Mais attendu qu'en s'engageant, fût-ce moralement, "à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaïeu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel (...) en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable (...)* »⁵.

Pour aller plus loin

Yves Letartre, Le juge et l'équité : mythe ou réalité ?

<https://adekwa-avocats.com/juge-lequite-mythe-realite/>

Plusieurs arguments peuvent cependant être avancés en sens inverse, permettant de distinguer le droit de la morale.

II. L'INDÉPENDANCE DU DROIT ET DE LA MORALE

Le droit n'est pas guidé par la morale. Il s'en détache bien souvent et la **sanction étatique**, seule présente en matière juridique permet de distinguer les règles de droit des règles issues de la morale. Le droit peut être amoral (A) ; il peut même comporter des règles immorales (B).

A. Le droit amoral

Le droit peut d'abord être **amoral (sans rapport avec la morale)** : certaines règles, nécessaires à l'organisation de la vie en société, sont ainsi tout à fait **neutres** du point de vue de la morale.

⁴ Soc., 4 décembre 1996, Bull. Civ. V n° 421.

⁵ Com., 23 janvier 2007, Bull. Civ. IV n° 12.

C'est le cas des règles du code de la route, de la procédure civile, du droit fiscal ou encore du droit constitutionnel institutionnel (c'est-à-dire les règles relatives au fonctionnement des institutions).

B. Le droit immoral

Le droit peut être ensuite **immoral (contraire à la morale)**. Cette proposition peut surprendre, et pourtant, c'est le cas de certaines règles juridiques et de certaines jurisprudences.

Le droit permet ainsi à l'individu de poursuivre son propre intérêt, parfois au détriment de celui des autres. De même, celui qui est mal intentionné ou de mauvaise foi ne sera pas toujours sanctionné. Par exemple, seule la concurrence déloyale est sanctionnée, pas celle qui est jugée loyale. Dans le même ordre d'idée, seul un trouble dit anormal du voisinage tombe sous le coup de la sanction, légitimant par là-même la possibilité de gêner légalement son voisin dès lors que le seuil de l'anormalité n'est pas dépassé ...

Le droit des successions peut dans certains cas apparaître comme immoral. Tel est le cas lorsque la qualité d'héritier est conférée, par le jeu des règles successorales, à une personne que la morale, à l'inverse, n'aurait pas gratifiée (personne âgée ou malade totalement délaissée par l'héritier...). Le droit de la famille peut également parfois sembler immoral ; par exemple lorsque l'épouse infidèle dont le mari demande le divorce se voit attribuer tous les « avantages » du divorce (garde des enfants, prestation compensatoire, conservation de l'usage du nom, etc.).

Quelques exemples de règles juridiques et de jurisprudences immorales :

- La **prescription acquisitive** : règle en vertu de laquelle le possesseur d'un bien qui se comporte comme un propriétaire en devient propriétaire. En matière mobilière, la règle est particulièrement efficace puisque l'effet acquisitif de la possession est immédiat (art. 2276 al. 1^{er} du code civil). En matière immobilière, l'effet acquisitif est subordonné à l'écoulement d'un délai (art. 2272 du code civil impose un délai de trente ans, réduit à dix ans si le possesseur est de bonne foi).
- La **validité des libéralités faites à la concubine adultère** : la Cour de cassation a jugé que la libéralité (donation) consentie dans le cadre d'une relation adultère par un époux à son amante ne devait pas être annulée pour cause d'immoralité, même lorsque la libéralité n'est consentie que pour rémunérer les faveurs sexuelles de celle-ci (Ass. Pl., 29 octobre 2004).
- La **validité d'une campagne d'incitation des femmes mariées à l'infidélité** : le site internet *Gleeden*, site de rencontres extra-conjugales pour femmes mariées, a mené une campagne de publicité visant à inciter les femmes mariées à l'infidélité ; avec des slogans comme « tromper son mari, ce n'est pas la fin du monde », « par principe, nous ne proposons pas de carte de

fidélité », « c'est parfois en restant fidèle qu'on se trompe le plus ». L'affaire a été menée devant la Cour de cassation mais celle-ci a refusé de juger cette campagne de publicité illicite (Civ. 1, 16 décembre 2020).

- **La liberté artistique conduit parfois les artistes à produire des œuvres provocatrices qui enfreignent la morale, sans que les juges ne les sanctionnent.**
 - Par exemple, dans un arrêt rendu en Assemblée Plénière le 17 novembre 2023, la Cour de cassation juge que le respect de la dignité humaine ne constitue pas, à lui seul, un fondement permettant de restreindre la liberté d'expression artistique (Cass. AP, 17 novembre 2023, n°21-20.723). Dans cette affaire, était en cause une œuvre de l'exposition « Infamilles » organisée en 2008 par le Fonds Régional d'Art Contemporain (FRAC) de Lorraine sur le thème des violences inter-familiales. L'œuvre était constituée d'une trentaine de messages manuscrits, encadrés et accrochés au mur. Adressés de manière fictive par des parents à leurs enfants, ils étaient tous rédigés sur le même modèle, commençant par « Les enfants, nous allons ... » et se terminant par « Vous êtes notre chair et notre sang, à plus tard, Papa et Maman ». Dans le corps, pas de petits mots tendres mais les pires menaces : « *nous allons vous sodomiser et vous crucifier* », « *nous allons vous arracher les yeux* », « *nous allons vous couper la tête* », « *nous allons vous découper et vous bouffer* », « *nous allons vous pisser sur la gueule* », etc. Tout y était ou presque – sodomie, viol, mutilations, esclavage, tortures et même assassinat – dans un langage cru et vulgaire. Étant relevé que l'exposition était publique, ouverte à tous et gratuite. Invoquant une atteinte à la dignité de la personne humaine, une association de protection de l'enfance a assigné le FRAC en justice, sur le fondement de l'art. 16 du code civil, aux fins de faire interdire l'exposition. Le défendeur invoquait, quant à lui, sa liberté d'expression artistique, garantie par l'art. 10§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est ce dernier argument qui emporte la conviction de la Cour de cassation qui n'a pas interdit l'exposition.
 - Par une décision rendue le 14 avril 2023, le Conseil d'Etat a autorisé l'exposition du tableau « Fuck abstraction » de Miriam Cahn au Palais de Tokyo (CE, 14 avril 2023, n°472611). Le tableau représente un homme fort et robuste forçant une personne frêle de petite taille à lui faire une fellation. Une association de protection de l'enfance s'est émue de ce que la personne de petite taille pouvait apparaître comme étant un enfant mais les juges administratifs ont malgré tout fait prévaloir la liberté artistique de la peintre.

FICHE 5 : DROIT ET RELIGION

En France, le droit se distingue de la religion, et le principe est celui de la laïcité (I). Toutefois, il existe des points de convergence entre le droit et la religion, ne serait-ce que parce que le droit français assure le respect de la liberté de religion (II).

I. LA SÉPARATION DE PRINCIPE ENTRE LE DROIT ET LA RELIGION

Le droit français n'est pas un droit religieux. La **laïcité** exprime l'idée que l'État doit rester dans un rapport de neutralité avec la religion, négativement en n'en privilégiant aucune et, positivement, en traitant toutes les religions de manière identique. Plusieurs lois consacrent le principe de laïcité (A) ; les juges en sont les gardiens (B).

A. La laïcité affirmée par le législateur

Plusieurs textes, dont certains sont élevés dans la hiérarchie des normes, consacrent le principe de laïcité :

- **La loi du 9 décembre 1905** a posé le principe de séparation des Églises et de l'État. Son article 2 précise que « *La république ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucune culte* ».
- **L'art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958** dispose que « *La France est une République individuelle, laïque, démocratique et sociale (...)* ».
- **La loi du 12 juin 2001** tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires permet de réprimer les sectes.
- **L'article 225-1 du code pénal** réprime les discriminations fondées sur la religion : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, (...) de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une **religion** déterminée* ».
- **La loi du 15 mars 2004** prohibe le port de signes religieux dans les écoles, les collèges et lycées publics.
- Une **résolution de l'Assemblée nationale a été adoptée le 11 mai 2010** sur l'attachement au respect des valeurs républicaines. Son article 1^{er} est ainsi rédigé : « *L'Assemblée Nationale considère que les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes* ».

et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République ».

- La **Loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public** (validée par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 7 octobre 2010) énonce que « *Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* » (sous peine d'amendes).
- La **loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République** entend apporter des réponses au repli communautaire et au développement de l'islamisme radical en renforçant le respect des principes républicains et en modifiant les lois sur les cultes. Un référent laïcité et une journée de la laïcité le 9 décembre de chaque année sont institués dans les administrations. Un nouveau « **déféré laïcité** » permet désormais au préfet de saisir le juge administratif d'une demande de suspension d'un acte des collectivités locales qui lui semblerait contraire à la laïcité. Le premier recours a concerné l'autorisation par la ville de Grenoble du port du burkini dans les piscines municipales. Le Tribunal administratif de Grenoble a prononcé sa suspension dans un jugement du 25 mai 2022. Le Conseil d'État a confirmé ce jugement (CE Ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble). En outre, la loi du 24 août 2022 a créé un nouveau **délit de séparatisme** visant à protéger les élus et agents publics de menaces ou violence pour obtenir une exemption ou une application différenciée des règles du service public.

La laïcité est également défendue par les juges.

B. La laïcité défendue par les juges

La laïcité est défendue tant par les juges internes (1) que par les juges européens (2).

1- La laïcité défendue par les juges internes

Les juges internes défendent la laïcité.

a. Le Conseil d'État

Ainsi, très tôt le **Conseil d'État** a imposé le respect du principe de neutralité aux agents collaborant à un service public. Il a jugé, dès 1950, que le principe de laïcité faisait obstacle à ce que les agents du

service public de l'enseignement disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses⁶.

Plus récemment, le Conseil d'État a ordonné le retrait de la **croix catholique** surplombant une **statue du pape Jean-Paul II** érigée en Bretagne (CE, 25 octobre 2017, Fédération morbihannaise de la libre pensée et autres). Il a également ordonné le **retrait d'une statue de l'archange Saint-Michel** située sur une place publique devant une église dans la commune des Sables d'Olonne (CE, 7 avril 2023, Commune des Sables d'Olonne).

Dans une décision du 29 juin 2023, il a rejeté le recours en annulation des statuts de la Fédération Française de Football (FFF) interdisant le port de « *tout signe ou tenu manifestant ostensiblement une appartenance politique, philosophique, religieuse ou syndicale* », intenté par des associations qui souhaitaient que le **port du hijab** soit autorisé. Le Conseil d'Etat juge que les fédérations sportives, chargées d'assurer le bon fonctionnement du service public dont la gestion leur est confiée peuvent imposer à leurs joueurs une obligation de neutralité des tenues lors des compétitions et manifestations sportives afin de garantir le bon déroulement des matchs et prévenir tout affrontement ou confrontation. Il a estimé que l'interdiction du hijab était adaptée et proportionnée (CE, 29 juin 2023, Association Alliance Citoyenne et autres).

Dans une décision du 7 septembre 2023, le Conseil d'Etat a rejeté le recours en référé-liberté (art. L. 521-2 du code de justice administrative) intenté par une association contre l'interdiction du port de **l'abaya et du qamis** dans l'enceinte des écoles, collèges et lycées publics proclamée fin août 2023 par le ministre de l'éducation nationale (CE, 7 septembre 2023, Association Action droits des musulmans). Le Conseil d'Etat relève que le porte de ces vêtements, qui a donné lieu à des signalements en forte augmentation par les chefs d'établissement, s'inscrit dans une logique d'affirmation religieuse. Or, depuis la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, l'art L. 141-5-1 du code de l'éducation dispose que "*dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit*". Quelques semaines plus tard, le Conseil d'Etat a été saisi par la voie du référé-suspension qui subordonne la suspension d'un acte administratif à une situation d'urgence et à l'existence d'un doute sérieux sur sa légalité (art. L. 521-1 du code de justice administrative). Le Conseil d'Etat rejette également ce recours, faute de doute sérieux sur la légalité de l'interdiction de l'abaya et du qamis. Il écarte le moyen soulevé par les requérants, tiré du manque de précision quant aux tenues vestimentaires interdites par le ministre (CE, 25 septembre 2023, Association La voix lycéenne et autres). Ces décisions rendues en référé ont été suivies par des décisions au fond : par trois arrêts du 27 septembre 2024, le Conseil d'Etat a jugé que la note de service du ministre de l'éducation nationale interdisant le port à l'école de tenue du type abaya était conforme à la loi, en ce qu'il s'agissait d'une manifestation ostensible d'une

⁶ CE, 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, Rec. 350. V dans le même sens : Avis CE, 3 mai 2000, Melle Marteaux, Rec. 169.

appartenance religieuse, interdite par la loi du 15 mars 2004 (CE, 27 septembre 2024, n° 487944, 487974, 489177).

b. La Cour de cassation

La **Cour de cassation** veille pareillement, dans les rapports entre particuliers cette fois, à faire respecter la laïcité.

- **En matière contractuelle**, elle juge ainsi que les convictions religieuses ne permettent pas d'ajouter des obligations non prévues lors de la conclusion d'un contrat entre les parties. Par exemple, des **locataires, de confession juive**, ne peuvent pas exiger du bailleur qu'il remplace le **digicode** par une serrure mécanique en invoquant le Talmud qui leur interdit l'utilisation d'un système électrique pendant le sabbat⁷. De même, elle a rappelé que « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait pas avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* » par des copropriétaires ayant édifié des **constructions sur leur balcon** interdites par le règlement de copropriété de l'immeuble⁸.
- La laïcité se rencontre également en **droit social**, sur la question de savoir si un employeur peut intégrer une clause de neutralité dans le règlement intérieur de son entreprise interdisant aux employés de porter un signe religieux ostensible. **L'affaire « Baby loup »** a marqué la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question. Dans un arrêt du 25 juin 2014, l'Assemblée Plénière a reconnu la possibilité pour un employeur d'intégrer dans le règlement intérieur de son entreprise l'interdiction faite à ses employés de porter un signe ostensible religieux au travail. En l'espèce, une employée de crèche avait été enjointe d'enlever son voile islamique conformément au règlement intérieur de l'établissement qui prônait la neutralité du personnel. Celle-ci ayant refusé, l'employeur l'avait licenciée pour entrave au règlement intérieur. La Cour de cassation a validé le licenciement de l'employée voilée, en relevant que « *la restriction à la liberté de manifester sa religion qu'il [le règlement intérieur] édictait ne présentait pas de caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* ». En revanche, en l'absence d'une telle clause de neutralité dans le règlement intérieur de l'entreprise, l'employeur ne peut valablement licencier une salariée en raison de son refus d'ôter son foulard islamique (Soc., 14 avril 2021).

⁷ Civ. 3, 18 décembre 2002, Bull. Civ. III n° 262, RTDCiv. 2003. 290, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁸ Civ. 3, 8 juin 2006, Bull. Civ. III n° 140, D. 2006. 2887, note Ch. Atias.

- Le principe de laïcité produit des conséquences en **matière procédurale** : ainsi, dans un arrêt rendu le 4 avril 2025, l'Assemblée plénière a jugé que les juridictions judiciaires n'étaient pas compétentes pour contrôler le bien-fondé d'une décision prise par une autorité religieuse de nommer ou de renvoyer l'un de ses ministres du culte, ni de juger de ses conséquences matérielles (Cass. AP, 4 avril 2025, n°21-24.439). En l'espèce, l'Église catholique avait renvoyé un diacre en raison d'un comportement contraire aux règles de son état, ce qui lui avait fait perdre sa rémunération, sa protection sociale et son logement de fonctions. La Cour de cassation réserve cependant une exception : le juge judiciaire serait compétent pour juger de l'indemnisation d'un préjudice détachable de l'engagement religieux eu égard à la nature du droit méconnu par l'autorité religieuse.

2- La laïcité défendue par les juges européens

La **Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** (CEDH) est également confrontée au phénomène religieux. Elle a ainsi reconnu la compatibilité d'une loi Turque interdisant le port du voile dans les Universités avec les dispositions de la Convention européenne, au nom de la laïcité⁹.

En revanche, en ce qui concerne la présence des crucifix dans les écoles publiques italiennes, la position de la Cour est moins tranchée : après avoir estimé que les crucifix étaient incompatibles avec l'article 9 de la Convention européenne relatif à la liberté de conscience et de religion (CEDH 3 novembre 2009, Lautsi c/Italie), la CEDH a jugé le contraire (CEDH 18 mars 2011, Lautsi c/Italie).

La laïcité du droit français n'est toutefois pas un obstacle aux interférences entre le droit et la religion.

II. LES INTERFÉRENCES ENTRE LE DROIT ET LA RELIGION

Il existe des interférences entre le droit et la religion, d'abord parce que le droit protège la liberté de religion (A) ; ensuite parce que les juges – tenus de juger sous peine de déni de justice - sont parfois confrontés au fait religieux (B).

A. La protection de la liberté de religion

Plusieurs textes protègent la liberté religieuse, dans ses deux aspects, à savoir **la liberté de conscience**, c'est-à-dire celle de choisir librement sa religion et **la liberté de culte**, c'est-à-dire celle de manifester sa religion en pratiquant librement les rites et les pratiques de son choix :

⁹ CEDH, 29 juin 2004 et 10 novembre 2005, Leyla Sahin C/ Turquie, D. 2005, note G. Yildirim.

- **Art. 10 DDHC de 1789** : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».
- **Art. 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905** relative à la séparation des Églises et de l'État : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ».
- **Art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958** : « La France est une République individuelle, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».
- **Art. 9 de la Convention européenne du 4 novembre 1950** : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa **religion** ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (...) ».

La liberté de religion est régulièrement invoquée en justice. Elle est par exemple au cœur de la question du port du **burkini** par des femmes musulmanes sur les plages françaises. On a pu y voir une atteinte à certains droits fondamentaux comme le respect de la dignité de la femme ou encore le respect de l'ordre public. Des maires avaient en conséquence pris des arrêtés interdisant ce maillot de bain. Le Conseil d'État, au contraire, a fait prévaloir la **liberté de religion** et a validé le port du burkini (CE, 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres). Le burkini était à nouveau dans l'actualité en 2022 avec cette fois son autorisation dans des piscines municipales de la ville de Grenoble. Le Tribunal administratif de Grenoble a fait prévaloir la laïcité sur la liberté de religion en suspendant la décision de la ville (TA Grenoble, 25 mai 2022). Le Conseil d'État, saisi du premier déféré laïcité créé par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, a confirmé cette solution (CE Ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble).

B. La confrontation des juges au fait religieux

Les juges sont régulièrement confrontés au phénomène religieux, qu'ils sont conduits à prendre ou non en compte, selon les circonstances.

Plusieurs exemples peuvent en être donnés :

- Exemple 1 : Il a été jugé qu'une parodie du tableau « La cène » de Léonard de Vinci, utilisée à des fins publicitaires, ne constituait pas une injure à la religion catholique car elle n'avait pas pour but d'outrager les fidèles ni de les atteindre dans leur foi (Civ. 1, 14 novembre 2006).
- Exemple 2 : le TGI de Lille avait jugé, le 1^{er} avril 2008, que la non-virginité d'une épouse pouvait constituer une erreur sur les qualités essentielles de la personne du conjoint permettant d'annuler le mariage ; le couple était en l'espèce de confession musulmane. La Cour d'appel de Douai infirma toutefois cette décision dans un arrêt du 17 novembre 2008.
- Exemple 3 : Le Conseil d'État a interdit le spectacle « Le mur » de l'humoriste Dieudonné, comme portant atteinte à la dignité, en raison de son caractère antisémite (CE, 9 novembre 2015, Dieudonné M'bala M'bala).

Pour aller plus loin

Port d'un signe d'appartenance religieuse avec la robe d'avocat :

<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/03/02/port-dun-sign-dappartenance-religieuse-avec-la-robe-davocat>

FICHE 6 : LA NOTION DE RÈGLE DE DROIT

La présentation des différents caractères de la règle de droit (I) permet de proposer une définition du droit (II).

I. LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT

La règle de droit est générale (A), obligatoire (B), permanente (C) et sanctionnée par l'État (D).

A. Le caractère général de la règle de droit

La règle de droit est générale, ce qui signifie, du point de vue de sa rédaction, qu'elle est impersonnelle. Selon les termes de J.-L. Aubert, « *elle concerne chacun et ne vise personne en particulier* ».

Exemple 1 : article 1240 du code civil : « **Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer** ».

Exemple 2 : article 8 du code civil : « **Tout Français jouira des droits civils** ».

B. Le caractère obligatoire de la règle de droit

En principe, la règle de droit présente un caractère obligatoire. Ce caractère est cependant susceptible de nuances.

On distingue en effet :

- Les **règles impératives** qui s'imposent à tous.

Exemple 1 : l'article 6 du code civil selon lequel les conventions ne peuvent déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs est une règle impérative.

Exemple 2 : l'article 1628 du code civil en vertu duquel « *quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle* » est un texte impératif.

- Les **règles supplétives** qui ne s'imposent que lorsque les personnes concernées par la règle ne l'ont pas écarté au profit d'une autre règle choisie d'un commun accord. Ces règles viennent seulement suppléer l'absence de volonté particulière des individus.

Exemple 1 : l'article 1400 du code civil, qui prévoit que les époux qui ne font pas de contrat de mariage sont soumis au régime légal de la communauté, est un texte supplétif.

Exemple 2 : l'article 1627 du code civil, relatif à la garantie d'éviction de vendeur et qui dispose que « *les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie* » est un texte supplétif.

C. Le caractère permanent de la règle de droit

La règle de droit envisage un nombre indéterminé de situations qui se présenteront dans l'avenir. Elle s'appliquera tant qu'elle n'aura pas été remplacée ou abrogée. C'est en cela qu'elle présente un caractère permanent.

D. Le caractère étatique de la règle de droit

La règle de droit est la seule à être sanctionnée par l'autorité publique. Ce caractère est souvent présenté comme étant le **critère le plus pertinent de juridicité d'une règle**, c'est-à-dire ce qui permet de distinguer une règle de droit d'une règle ayant une autre source comme la morale ou la religion.

Distinction des règles juridiques et des règles extra-juridiques

Quatre critères permettent de distinguer les règles juridiques des règles extra-juridiques :

- **Leurs sources respectives :**

Les règles juridiques sont issues de la volonté du pouvoir politique ; elles sont donc extérieures aux individus tandis que les règles extra-juridiques proviennent de l'individu lui-même, que ce soit de la révélation divine pour la religion ou de sa conscience pour la morale.

- **Leurs finalités respectives :**

Les règles extra-juridiques, ayant pour but ultime le perfectionnement de l'homme, poursuivent une finalité individuelle. Au contraire, le droit a une finalité collective qui est l'ordre public et la paix sociale.

▪ **Leurs contenus respectifs :**

La morale et la religion se préoccupent des devoirs de l'homme non seulement à l'égard de lui-même mais aussi à l'égard des autres, tandis que le droit ne formule que des devoirs envers les autres.

▪ **Leurs sanctions respectives :**

La sanction des règles morales ou religieuses est intérieure, il s'agit des remords. Tandis que la sanction des règles juridiques est assurée par la puissance publique ; elle est en ce sens extérieure aux individus.

Tableau récapitulatif des critères de distinction entre le droit, la morale et la religion

	Droit	Morale	Religion
Source	Volonté extérieure à l'individu (pouvoir politique)	Volonté intérieure à l'individu (conscience)	Volonté intérieure à l'individu (révélation divine)
Finalité	Finalité collective (ordre public et paix sociale)	Finalité individuelle (perfectionnement de l'homme)	Finalité individuelle (perfectionnement de l'homme)
Contenu	Devoirs envers les autres seulement	Devoirs envers soi-même et envers les autres	Devoirs envers soi-même et envers les autres
Sanction	Sanction externe (prononcée par un juge : sanction, réparation, punition)	Sanction interne aux individus (remords)	Sanction interne aux individus (péché)

Ces caractères de la règle de droit permettent de tenter d'en proposer une définition.

II. PROPOSITION DE DÉFINITION DU DROIT

Deux propositions permettent d'envisager une définition du droit.

<u>Première proposition</u>	Le droit règle les rapports entre les hommes par l'intermédiaire d'un tiers extérieur, le juge, en cas de conflit.
------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Cette première proposition conduit à s'interroger sur la conception de la justice.

En réalité, deux conceptions coexistent :

- **La justice commutative** sous-tend une **égalité arithmétique** entre les individus.

Elle postule d'attribuer les richesses de manière strictement égalitaire entre tous.

Exemple : si A vole à B un bien d'une valeur de 50, il devra rembourser à B la valeur de 50, ni plus ni moins.

- **La justice distributive** sous-tend une **égalité géométrique** entre les individus.

Elle postule, comme l'a observé Aristote dans l'Éthique à Nicomaque¹⁰, d'attribuer les richesses en fonction des mérites de chacun (« suum cuique tribuere », ce qui signifie attribuer à chacun ce qui lui revient), c'est-à-dire du rôle joué par chacun dans l'obtention du bien commun de la société considérée. Le mérite sert à déterminer ce qui est juste dans une distribution.

Exemple : soit une société créée par 3 associés A, B et C, qui apportent respectivement comme capital de départ les fonds suivants : 300, 200 et 100. Puis la société fait des bénéfices et double son capital de départ. Si par la suite la société est dissoute, la logique de la justice distributive postule d'attribuer 600 à A, 400 à B et 200 à C ; sauf bien sûr à prendre en compte les mérites de chacun. Si C a exercé les fonctions de dirigeant gratuitement, il devra en être récompensé et obtenir plus que 200. C'est en cela que la justice distributive prend en compte le mérite de chacun dans la distribution des richesses.

La Cour de cassation retient cette conception de la justice. Par exemple, dans l'attribution de la part successorale qui revient à chaque enfant d'un parent décédé, elle tient compte du mérite de chacun

¹⁰ Aristote, Éthique à Nicomaque, Livre V, la justice, éd. Flammarion, trad. Voilquin.

et est parfois conduite à avantager l'un par rapport à l'autre : « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* »¹¹.

Justice commutative = compenser	Justice distributive = récompenser
---------------------------------	------------------------------------

Pourtant, comme l'a observé un auteur, « *le droit n'est pas le seul régulateur de la vie en société* »¹². D'où la nécessité de compléter cette première proposition par la seconde.

<u>Seconde proposition</u>	Le droit constitue un ensemble de règles de conduite de vie en société sanctionnées par l'autorité publique.
-----------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Seule la règle de droit fait en effet l'objet d'une coercition étatique. C'est bien l'origine étatique de la sanction qui donne à la règle son caractère juridique, et les sanctions peuvent être de trois types :

- **L'exécution** : le juge peut contraindre une personne à s'exécuter. Une illustration est fournie par la saisie des biens du débiteur qui ne veut pas payer sa dette : le créancier fait saisir et vendre les biens du débiteur pour se payer sur le produit de cette vente. Ici, le droit contraint le débiteur à s'exécuter.

- **La réparation** : le juge peut également prononcer des sanctions réparatrices. Les dommages-intérêts, sanction la plus habituelle de la responsabilité, en constituent un exemple : il s'agit de condamner une personne ayant causé un dommage à une autre à verser une somme d'argent à celle-ci afin de réparer le dommage causé (ex : art 1240 du code civil).

¹¹ Civ. 1, 12 juillet 1994, Bull. Civ. I n° 250.

¹² L'expression est de G. Cornu, dans son ouvrage d'introduction au droit civil.

- **La punition** : les sanctions ayant un caractère punitif relèvent pour l'essentiel du droit pénal. Ce sont les peines qui sanctionnent les actes réprimés par le droit pénal : contraventions, délits, crimes (amendes, emprisonnement, privation du permis de conduire, etc.).

Conclusion : Proposition de définition du droit

Définition du droit

Le droit est l'ensemble des règles visant à organiser les rapports entre les hommes et dont le non-respect expose son auteur à une sanction prévue par l'autorité publique et prononcée par un juge ou soumise à son contrôle.

III. L'ÉMERGENCE DU « DROIT SOUPLE »

La définition traditionnelle du droit vise exclusivement le « droit dur ». Mais il faut aujourd'hui relever la prise en compte croissante du « **droit souple** » (« soft law » en anglais). Le phénomène, apparu au XX^e siècle dans le milieu des relations internationales, prend en droit français **de plus en plus d'ampleur ces dernières années**, au point que le Conseil d'État lui a consacré son rapport annuel pour l'année 2013.

Alors que le droit renvoie par essence à des règles obligatoires et contraignantes, le droit souple serait à l'inverse un droit fondé sur des règles non obligatoires et non contraignantes qui exercent néanmoins une influence sur leurs destinataires. Ces **règles simplement indicatives** sont d'une grande variété : codes privés, chartes de bonne conduite, lignes directrices, recommandations, avis, appréciations, foires aux questions, propositions, communiqués... Il s'agit donc d'une manière d'influencer l'administration ou les administrés par des avis, guides ou instructions dont l'objet n'est pas la stricte obéissance à ces textes. Techniquement, le droit souple est défini dans le rapport annuel du CE comme **l'ensemble des instruments ayant pour objet de « modifier ou orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion, ne créant pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations mais présentant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »**. Il se répand progressivement, dans toutes les branches du droit et dans tous les ordres juridiques, externe comme interne.

Le Conseil d'Etat a dégagé **trois critères cumulatifs** des instruments du droit souple, pour pouvoir mieux les identifier :

- D'abord, ils doivent influencer leurs destinataires, en les incitant à adopter un certain comportement, sans pour autant sanctionner ceux qui ne l'adopteraient pas ;
- Ensuite, ils ne créent pas de droits ni d'obligations pour leurs destinataires ;
- Enfin, ils présentent un degré de formalisation suffisant qui les apparente à une règle de droit dur.

En droit interne, le droit souple est apparu dans le **milieu économique**, par exemple le droit de la concurrence ou l'économie numérique qui concerne l'État ou les collectivités territoriales (réseaux, données, aides...). Une des terres d'élection du droit souple réside dans l'activité des **autorités administratives indépendantes et des autorités de régulation**, c'est-à-dire les organismes qui surveillent et qui gèrent un marché ou un secteur (ex : l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique qui a succédé au Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, l'Agence française de lutte contre le dopage, l'Autorité de régulation des jeux en ligne...). Il se développe également dans des **secteurs plus sensibles ou innovants** comme les outils de consultation du public, la laïcité, les politiques d'inclusion. Ces procédés sont séduisants car beaucoup **moins contraignants** que le droit dur. Ils peuvent cependant apparaître comme un **contournement du droit dur** et des règles de compétences et de forme imposées par le droit dur.

Le **droit souple a pourtant été consacré par la jurisprudence administrative**. Rappelons qu'en principe le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif est soumis à des conditions qui tiennent au requérant et à l'acte attaqué. Ainsi, le requérant doit avoir intérêt et qualité à agir. Quant à l'acte, il existe des conditions de délais d'une part ; d'autre part, l'acte doit « faire grief », c'est-à-dire appartenir à la catégorie des normes créatrices de droit (une loi, un décret, un permis de construire, un avis d'imposition, etc.). Or, le droit souple est composé d'instruments qui, par hypothèse, ne relèvent pas de cette catégorie. Pourtant, par deux décisions Société Fairvesta International GMBH et autres (n°368082) et Société Numéricable (n°390023) du **21 mars 2016**, le Conseil d'Etat a admis la **recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte de droit souple**. Plus précisément, il a jugé que les « *avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir* » dans deux hypothèses :

- D'une part, « *lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ».

- D'autre part, « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

Par un arrêt GISTI rendu en 2020, le Conseil d'Etat a étendu cette jurisprudence à l'ensemble des autorités publiques (CE, 12 juin 2020, GISTI, n° 418142). Aujourd'hui, tous les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif, qu'ils soient internes à l'administration ou à l'attention des administrés, peuvent être contrôlés par le juge.

Le juge administratif se saisit désormais pleinement de cette nouvelle forme de normativité non impérative mais pas moins efficace, **reconnaisant aux citoyens le droit de contester les actes de l'administration qui ont un effet notable sur leurs situations**. La dynamique d'extension des actes compris dans la notion de droit souple renforce ainsi l'accès au juge pour les justiciables. La reconnaissance jurisprudentielle et doctrinale du droit souple ont permis d'accompagner l'administration dans le développement de nouveaux modes d'action. La dichotomie traditionnelle entre droit et non droit est relativisée par le droit souple et permet une meilleure maîtrise des autorités administratives. Figure de l'État post-moderne, la régulation engendre un changement de nature de la règle de droit. L'État gendarme ou État providence laisse place à l'État régulateur, arbitre permettant d'équilibrer notre système.

Exemple : CE, 3 février 2023, n° 451052

Dans une décision rendue le 3 février 2023, le Conseil d'État affirme que les réponses apportées par l'administration dans le cadre d'une foire aux questions (FAQ) sont des actes de droit souple et peuvent, à ce titre, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La réflexion autour du droit souple doit se poursuivre, tant il se présente aujourd'hui comme une nouvelle source du droit, à côté des sources classiques.

Pour aller plus loin

Étude annuelle du Conseil d'Etat consacrée au droit souple, 1^{er} octobre 2013 :

<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/etudes-annuelles/le-droit-souple>

FICHE 7 : L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE DROIT

Il peut paraître *a priori* surprenant que la règle de droit appelle une interprétation, alors qu'elle est le produit d'une volonté, l'expression d'un projet politique déterminé, donc d'une intention délibérée. Et pourtant, l'interprétation est une nécessité, car les situations de la vie sociale sont extraordinairement diversifiées, de sorte que, dans la très grande majorité des cas, il est impossible d'affirmer directement qu'une situation particulière entre bien dans les prévisions d'une règle. Il faut, pour parvenir à cette conclusion, rechercher l'exacte signification de cette règle et déterminer les hypothèses qu'elle a vocation à régir.

Interpréter, c'est donc **donner un sens à un texte**. Il s'agit en principe d'une démarche intellectuelle qui a lieu en présence d'un texte obscur, ambigu, qui soulève une difficulté quant à son champ d'application ou à sa signification.

L'interprétation postule la prise en considération d'une variété de facteurs qui ne sont pas toujours faciles à identifier et qui en rendent l'exercice délicat. En outre, dire qu'un texte est clair et qu'il n'exige en conséquence aucune interprétation, c'est déjà – pour certains auteurs – l'interpréter.

Exemple : l'article 146 du code civil dispose qu'« *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Le sens du texte paraît, à première lecture, clair : un mariage n'est pas valable si les époux n'y ont pas consenti. Mais à l'évidence on ne peut s'arrêter à ce seul sens. Comment sinon régler, par exemple, la question des mariages blancs, c'est-à-dire ceux contractés dans l'unique but d'acquérir un bénéfice autre que celui guidé par les sentiments, comme acquérir une nationalité ? Dans cette hypothèse, les époux ont bien consenti au mariage mais c'est la finalité de leur acte qui soulève une difficulté.

Une double évolution peut être rappelée concernant l'interprétation de la loi :

- D'abord, une **évolution des interprètes** de la loi. Sous l'Ancien droit, le Roi, qui la faisait, était aussi le seul interprète de la loi. Puis ce pouvoir fut confié au législateur lui-même. L'abandon du « référé législatif » fut réalisé en 1837, l'encombrement du Parlement qu'il provoquait et sa difficile conciliation avec une conception moderne de la séparation des pouvoirs ayant entraîné sa perte. La seconde moitié du XIX^e siècle et le XX^e siècle ont ainsi assisté au triomphe de l'interprétation juridictionnelle de la norme, le juge devenant l'interprète incontesté du texte. La fin du XX^e siècle a enfin vu l'émergence d'un autre interprète, dont le rôle est allé croissant : l'administration. Par le biais de circulaires ou de réponses ministérielles, l'interprétation administrative est devenue une source non négligeable de compréhension des textes.

- Ensuite, une **évolution des finalités** de l'interprétation : il s'agit aujourd'hui autant de déterminer le sens d'un texte en vue d'en permettre l'application à la résolution d'un litige que d'en assurer une insertion harmonieuse dans l'environnement normatif qui l'entoure, en particulier la hiérarchie des normes.

Le code civil ne donne de directives d'interprétation qu'en ce qui concerne les conventions (V. art. 1188 et s.) ; pour la loi, c'est la doctrine, le juge et le législateur qui ont peu à peu dégagé diverses méthodes d'interprétation.

Les solutions classiques (I) connaissent aujourd'hui des évolutions (II).

I. LES SOLUTIONS CLASSIQUES

Deux questions relatives à l'interprétation méritent d'être posées : qui interprète ? (A) ; comment interpréter (B) ?

A. Qui interprète ?

La question se pose de savoir si un autre que l'auteur de la règle de droit peut l'interpréter. On peut ainsi hésiter sur la répartition des pouvoirs d'interprétation entre **le juge** qui applique la loi (1) et **le législateur** qui en est l'auteur (2).

1- Le législateur

Si interpréter un texte, c'est rechercher l'intention de son auteur afin d'en éclaircir le sens, on devrait en conclure que l'autorité pour interpréter doit revenir à l'auteur du texte considéré. Historiquement, c'est cette conception qui l'a emportée dans un premier temps, caractérisée par une certaine méfiance envers le juge interprète : l'interprétation judiciaire était en effet synonyme de déformation. En outre, le risque d'une pluralité d'interprétations différentes selon l'auteur postule un certain arbitraire, nécessairement source d'inégalités. Selon Robespierre, laisser une place au juge dans l'interprétation d'un texte législatif, c'était placer le juge au-dessus du législateur, ce qui était inadmissible. Ainsi, l'adage « *ejus est interpretari, cujus est condere* » (« c'est à celui qui crée la règle de l'interpréter ») a connu un grand succès. La loi des 16-24 août 1790 avait créé le **référé législatif** (supprimée en 1837) qui imposait aux juges de s'adresser au pouvoir législatif dès lors que se posait un problème d'interprétation.

Une telle répartition des pouvoirs entre législateur et juge a toutefois montré ses **limites** : d'un côté, le Parlement a rapidement été encombré ; d'un autre, comment le juge pouvait-il suspendre les litiges en cours à chaque fois que se posait à lui une difficulté d'interprétation ? Aujourd'hui, l'interprétation revient largement au juge, mais l'interprétation par le législateur n'a pas complètement disparu. On

citera, à titre d'illustration, l'existence des **lois interprétatives**. Le législateur s'autorise ainsi à préciser le sens d'un texte ambigu. La loi interprétative fait corps avec la loi interprétée, ce qui postule son application rétroactive : on fait comme si l'interprétation nouvelle était celle-là même qui existait au jour de l'entrée en vigueur du texte. La Cour de cassation a donné une définition de ce type de loi en précisant qu'« *une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître sans rien innover un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse* »¹³.

Exemple 1 : a été jugé interprétatif l'article 26 de la loi du 11 décembre 2001 qui interprétait l'article L. 145-38 du code de commerce comme interdisant la révision à la baisse des loyers commerciaux¹⁴.

Exemple 2 : La loi du 20 avril 2018 de ratification de l'Ordonnance du 10 février 2016 ayant modifié le droit des contrats et de la preuve du code civil comporte de nombreux articles interprétatifs qui s'appliquent de manière rétroactive. Son art. 16 dispose ainsi que « *Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif* ».

2- Le juge

Dès le siècle des Lumières, de nombreux auteurs (Montesquieu, Rousseau) prennent parti en faveur d'une place plus importante octroyée aux juges dans l'interprétation de la loi. **Portalis**, dans son **discours préliminaire du code civil**, avait également pris ce parti : « *Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi (...). Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais (...). Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges* ».

Deux juges sont interprètes de la loi : le juge ordinaire (a) et le juge constitutionnel (b).

¹³ Soc., 14 juin 1989, Bull. Civ. V n° 442; Com., 2 oct. 2001, D. 2001 p. 3044, obs. A. Lienhard.

¹⁴ Civ. 3, 27 février 2002, Bull. Civ. III n° 53.

a) Le juge ordinaire

C'est aux diverses juridictions qu'incombe le rôle d'interpréter la loi. De l'ensemble des décisions de justice se dégage ainsi la **jurisprudence**, c'est-à-dire la manière habituelle qu'ont les juges de trancher telles difficultés – notamment d'interprétation – que suscite l'application de telles règles de droit. Ce travail d'interprétation est fréquent car le juge ne peut pas refuser de juger un litige au motif du silence ou de l'insuffisance de la loi. C'est **l'article 4 du code civil** qui interdit le **déni de justice**, en ces termes : « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Le juge est donc contraint, en cas de difficulté d'application d'un texte, de l'interpréter¹⁵. Il l'est aujourd'hui d'autant plus avec la multiplication des normes et la dégradation de leur qualité rédactionnelle.

Il arrive également que le législateur s'en remette au juge pour déterminer le sens à conférer à une expression qu'il utilise. Ainsi de la loi du 30 juin 2000 introduisant, notamment, le référé-liberté au sein du code de justice administrative : il ressort des travaux parlementaires que le législateur a laissé au juge administratif le soin d'interpréter la notion de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 nouvellement introduit dans le Code de justice administrative.

b) Le juge constitutionnel

C'est dans le cadre de ce que la doctrine désigne par le terme de « construction de la loi » que le Conseil constitutionnel a développé une technique lui permettant, dans un même mouvement, de préciser le sens à conférer à la loi dont il est saisi et d'assurer, par ce travail d'interprétation, la conformité de cette loi à la Constitution. Cette technique, dite des « **réserves d'interprétation** », permet ainsi de donner à la loi un sens qui ne la mette pas en contradiction avec la Constitution. Le Conseil constitutionnel a eu recours pour la première fois aux réserves d'interprétation dans une décision du 21 janvier 1981, Sécurité et Liberté.

Les réserves d'interprétation sont de plusieurs sortes :

- **La réserve neutralisante** permet d'écarter une interprétation de la loi qui serait contraire à la Constitution en amputant la portée de la loi. Les expressions « *ces dispositions sont dépourvues de tout effet juridique* », « *cet article ne saurait signifier que...* » sont souvent utilisées par le Conseil.

¹⁵ Pour un exemple, V. Crim., 12 mars 1984, Bull. Crim. n° 102.

- **La réserve constructive** ajoute à la loi une disposition afin de la rendre conforme à la Constitution.
- **La réserve directive** indique à l'autorité chargée de l'application de la loi comment la loi doit être appliquée.

Le Conseil constitutionnel a fait une utilisation remarquable de la technique des réserves d'interprétation dans une décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*. Il a en effet jugé que, s'il refusait de contrôler la constitutionnalité d'une loi se bornant à transposer les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, il se permettait néanmoins d'en interpréter les dispositions, afin de s'assurer qu'elle se bornait effectivement à transposer les dispositions inconditionnelles et précises de la directive. Il faut y voir un moyen pour le Conseil constitutionnel de conserver une marge de manœuvre dans l'appréciation des lois de transposition. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette jurisprudence par une décision du 7 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

B. Comment interpréter ?

Le code civil contient de nombreuses dispositions relatives à l'interprétation du contrat, qui fournissent ainsi au juge une méthode. Les rédacteurs du code n'ont pas, en revanche, fourni de méthode d'interprétation de la loi. En conséquence, le juge recourt à des techniques – arguments, adages – qu'il a lui-même mises au point, à l'aide de la doctrine qui les a conceptualisées.

1- La lettre de la loi : l'exégèse

L'école de l'exégèse (Aubry et Rau, G. Cornu) est partisane de la méthode de **l'exploration de la loi** : quand elle est claire, il faut l'appliquer telle qu'elle ; lorsqu'elle soulève une difficulté d'interprétation, il faut se reporter aux travaux préparatoires de la loi afin de rechercher la volonté du législateur. Le juge dispose de plusieurs outils qui l'accompagnent dans cette démarche : des arguments d'interprétation et des adages.

a) Les arguments d'interprétation

Il y en a trois principaux :

- **Argument *a pari* ou *a simili* :**

L'argument par analogie permet d'appliquer un texte prévu pour une situation chaque fois que l'on rencontre une situation similaire. L'argument est logique mais suppose quand même que la situation comparée soit comparable et qu'il n'existe pas d'autres raisons de traiter différemment la situation comparée.

Exemple 1 : il est interdit de fumer des cigarettes, *a pari* il est aussi interdit de fumer la pipe.

Exemple 2 : l'article 1578 al 2 du code civil contient un argument *a pari*. Alors que l'alinéa 1^{er} dispose qu'« à la dissolution du régime matrimonial, si les parties ne s'accordent pas pour procéder à la liquidation par convention, l'une d'elles peut demander au tribunal qu'il y soit procédé en justice », l'alinéa 2 poursuit : « sont applicables à cette demande, en tant que de raison, les règles prescrites pour arriver au partage judiciaire des successions et communautés ».

▪ **Argument *a fortiori* :**

L'argument à plus forte raison permet d'appliquer un texte à une situation encore plus présente dans une hypothèse voisine.

Exemple 1 : il est interdit de blesser ; *a fortiori* il est interdit de tuer.

Exemple 2 : une règle interdit de se promener torse nu en ville ; *a fortiori* on peut en déduire qu'il est interdit de se promener tout nu en ville.

Exemple 3 : si un hôtel interdit aux clients de séjourner avec un animal de compagnie ; *a fortiori* on peut en déduire que les animaux sauvages sont interdits.

▪ **Argument *a contrario* :**

L'argument en sens contraire permet d'exclure l'application d'un texte dans les situations contraires : « dire une chose, c'est exclure son contraire ».

Exemple : article 6 du code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». *A contrario*, tout contrat qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs est valable (dans le respect des autres conditions de validité applicables aux contrats bien sûr).

Mais alors, comment choisir entre ces différents arguments ? Malheureusement, il n'y a pas vraiment de règle absolue. Tout dépend de la situation. Si l'on veut privilégier une logique de ressemblance entre la situation envisagée par rapport à celle traitée par la règle de droit, alors on se tournera vers un raisonnement *a pari* ou *a fortiori* qui postulent une certaine proximité entre deux situations. Choisir le raisonnement *a contrario* revient au contraire à tenir compte de la différence entre la situation envisagée et celle prévue par la règle. Concrètement, le juge pourra choisir l'un de ces raisonnements en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

D'une manière générale, le maniement de ces différents raisonnements invite l'interprète à la prudence. En effet, **il arrive que pour une même situation, plusieurs types de raisonnements soient possibles**, et même, qu'ils conduisent à des solutions contraires...

b) Les adages d'interprétation

Il en existe de nombreux ; en voici quelques-uns :

▪ **Là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne doit pas distinguer :**

Lorsqu'une loi est exprimée en termes généraux, on ne doit pas en limiter le domaine et l'écartier pour telle situation particulière.

Exemple 1 : l'article 8 du code civil qui dispose que « *tout français jouira des droits civils* » suppose qu'on ne distingue pas entre les français de naissance et les français d'acquisition.

Exemple 2 : l'article 9 du code civil qui dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* » s'applique tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques ; on ne doit pas distinguer.

Exemple 3 : l'article 461 al. 1^{er} du code civil prévoit que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité (...)* » ; il n'y pas lieu de distinguer entre les hommes ou les femmes.

Exemple 4 : dans l'affaire Sarah Halimi, tuée en raison de sa confession juive par une personne atteinte de bouffée délirante due à la consommation de cannabis, la Cour de cassation a fait application de cet adage d'interprétation en relevant que la loi pénale ne distinguait pas selon l'origine du trouble mental pour exonérer l'auteur de sa responsabilité pénale. Elle juge que l'auteur du meurtre « *était irresponsable pénalement en raison d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits. En effet, les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1er, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement* » (Crim., 14 avril 2021).

▪ **Une loi spéciale déroge à une loi générale :**

Lorsqu'il existe deux textes divergents, et que l'un est général tandis que l'autre traite d'une situation particulière, on doit faire prévaloir le texte spécial par rapport au texte général.

Exemple : l'article 1359 du code civil qui prévoit qu'il « *doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret (...)* » est un texte général qui est suivi de textes spéciaux qui dérogent à ce principe de l'exigence d'un écrit. Il en va ainsi de l'article 1347 selon lequel « *les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un*

commencement de preuve par écrit » et de l'article 1360 en vertu duquel l'exigence d'écrit est notamment écartée en cas d'impossibilité morale ou matérielle.

- **Là où cesse la raison d'être de la loi, là la loi cesse :**

On entend par cet adage qu'une loi ne doit pas être appliquée à une situation qui, à s'en tenir à la lettre du texte, pourrait entrer dans le champ d'application de la loi, mais qui irait à l'encontre de son esprit. En somme, l'esprit de la loi doit prévaloir sur son analyse littérale.

- **Les exceptions sont d'interprétation stricte :**

L'interprétation des exceptions doit se faire de manière restrictive. Ici c'est le bon sens qui veut qu'on ne doive pas interpréter une règle qui pose une exception au-delà de la lettre du texte. Le droit rejoint ici la logique du proverbe selon lequel « *les exceptions ne font que confirmer la règle* ».

Exemple : l'article 1717 du code civil énonce le principe selon lequel le preneur a droit de sous-louer le bien qu'il loue. L'exception applicable aux baux commerciaux prévue par l'article L. 145-31 du code de commerce en vertu duquel « *sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite* » doit donc être interprétée strictement.

Cette méthode exégétique d'interprétation de la loi a été vivement **critiquée**. Le temps passant, il était en effet de moins en moins possible (pertinent ?) d'interpréter littéralement les lois de 1804. Cette méthode d'interprétation conduit en effet à figer la loi, rendant impossible son évolution, alors même que les besoins de la société commandaient vivement un dépassement de celle-ci.

2- Le dépassement de la lettre de la loi

L'idée fit son chemin que tout n'était pas dans le code civil ou les travaux préparatoires. Deux courants de pensée ont succédé à l'exégèse, permettant un dépassement de l'analyse littérale de la loi : la libre recherche scientifique (a) et l'interprétation évolutive (b).

a) La libre recherche scientifique : F. Gény

F. Gény a été l'un des premiers à montrer les limites de la méthode exégétique et a développé l'idée, dans son ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* paru en 1899, qu'il fallait dépasser le seul texte de la loi.

Selon l'expression célèbre de l'auteur, tirée de son ouvrage, l'interprétation doit être faite « *par le code civil, mais au-delà du code civil* » :

- **Par le code civil** : il faut d'abord rechercher la volonté du législateur.

- **Au-delà du code civil** : toutes les fois que ce n'est pas possible, le juge doit combler les lacunes de la loi en se livrant à une recherche, libre (le juge est libre de créer une règle) et scientifique (l'interprétation retenue doit être le fruit d'une réflexion).

Une autre méthode d'interprétation va conférer une place toute aussi importante au juge ; c'est celle de Saleilles.

b) L'interprétation évolutive : R. Saleilles

R. Saleilles a préfacé l'ouvrage de Gény en ces termes : « par le code civil, mais au-delà du code civil, je serais de ceux peut-être qui en eussent volontiers retourné les termes : au-delà du code civil mais par le code civil » :

- **Au-delà du code civil** : l'interprétation des textes du code civil doit se faire selon une méthode qu'il qualifie « d'évolution historique », qui doit permettre d'adapter le texte à l'évolution de la société.
- **Par le code civil** : il faut procéder à cette adaptation en s'interrogeant sur ce que serait le texte si le législateur l'adoptait aujourd'hui.

Exemple d'interprétation évolutive : les juges ont admis par un revirement de jurisprudence que la libéralité (donation) consentie dans le cadre d'une relation adultère par un époux à son amante ne devait pas être annulée sur le fondement de l'immoralité, même lorsque la libéralité n'est consentie que pour rémunérer les faveurs (sexuelles) de celle-ci¹⁶. Les juges ont fait une interprétation évolutive de la notion de morale. Ce qui était immoral à une époque a fini par ne plus l'être.

Exemple de refus d'interprétation évolutive : Dans l'affaire du mariage de Bègles (Civ. 1, 13 mars 2007)¹⁷, le juge a refusé d'admettre la validité d'un mariage homosexuel, en jugeant qu'« en droit français, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Une interprétation évolutive du code civil aurait pourtant pu conduire à une solution différente car il n'interdisait pas expressément le mariage homosexuel. C'est finalement la loi du 17 mai 2013 qui a intégré la possibilité de se marier pour les couples de même sexe.

Ces solutions classiques propres à l'interprétation de la loi ont connu, ces dernières années, de profondes mutations.

¹⁶ Ass. Pl., 29 octobre 2004, Bull. A. P. n° 12, D. 2004. 3175, note D. Vigneau, JCP 2005. II. 10011, note. F. Chabas.

¹⁷ Civ. 1, 13 mars 2007.

II. LES ÉVOLUTIONS CONTEMPORAINES

L'évolution majeure tient au développement de l'interprétation administrative qui illustre l'idée qu'il appartient plus à celui qui applique la loi – administration, juge – qu'à celui qui l'édicte – législateur – d'interpréter les textes. Ce phénomène s'explique en grande partie par la multiplication des textes et leur complexité croissante et se traduit par l'adoption d'un nombre important de circulaires et un accroissement des réponses aux questions écrites que posent les parlementaires aux ministres.

Ce développement de l'interprétation administrative (A) a affaibli l'interprétation judiciaire de la loi (B).

A. L'interprétation administrative du droit

Différents procédés sont utilisés par l'administration pour l'interprétation du droit : les circulaires administratives (1), les réponses ministérielles (2), les rescrits (3), les recommandations des autorités administratives et indépendantes (4).

1- Les circulaires administratives

Il s'agit de documents internes aux ministères, élaborés par leurs services, par lesquels le ministre fait connaître aux fonctionnaires chargés d'appliquer la loi le sens dans lequel cette dernière doit être interprétée. La circulaire s'impose aux agents du ministère qui doivent obéissance à leur supérieur. En revanche, quant à sa force contraignante pour l'administré, il faut distinguer selon les juridictions : Pour le **juge judiciaire**, une circulaire n'est qu'une interprétation, et non une règle de droit ; elle n'a donc pas de force obligatoire, ni pour l'administré ni pour le juge qui peut s'écarter de l'interprétation qui y est retenue.

Il en va différemment pour le **juge administratif** qui distingue selon le contenu des circulaires. Les circulaires qui ne font qu'interpréter la loi – circulaires interprétatives – n'ont pas de force contraignante tandis que celles qui complètent la loi sont des circulaires réglementaires – ou impératives – qui ont une valeur juridique, et partant peuvent être invoquées devant le juge ou encore attaquées pour excès de pouvoir.

Exemple de circulaire : Le 23 janvier 2013, une circulaire prise de la Garde des Sceaux (Mme Taubira) préconisait de ne plus refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger (la gestation pour autrui est interdite en France par l'art 16-7 du code civil).

2- Les réponses ministérielles

Les réponses ministérielles aux questions écrites formulées par des parlementaires permettent de connaître le sens qu'un ministre donne à un texte. Elles contribuent ainsi à l'élaboration d'une doctrine administrative. S'il s'agissait pour les parlementaires, au lendemain de la seconde guerre mondiale, d'exercer un droit de regard sur l'action du gouvernement, la pratique des questions aux ministres en a fait peu à peu un outil de consultation juridique. Ces questions sont le moyen d'obtenir une « **interprétation officielle** » **d'un texte** qui pourra être utilisée à des fins juridictionnelles. Les réponses données par les ministres ne sauraient toutefois lier l'administration ni dans sa pratique, ni au contentieux (sauf lorsqu'elles interviennent en matière fiscale). Elles ne sont pas, sous la même réserve, susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Leur succès croissant s'explique par le foisonnement des textes dont la complexité rend plus difficile la tâche de l'interprète et par le souci d'obtenir une interprétation officielle sans avoir à attendre qu'un juge prenne position.

3- Les rescrits

Le rescrit est un **avis donné par l'administration** sur la conformité d'une situation à une règle de droit. Lorsque l'avis donné est favorable, il vaut accord de l'administration et met ainsi son bénéficiaire à l'abri de poursuites éventuelles. On assiste aujourd'hui à une « *résurgence du rescrit* » (expression de B. Oppetit, titre d'une chronique publiée au D. 1991. 105) dans certains domaines, notamment en droit social et en droit fiscal.

Le rescrit social : Une ordonnance du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement a instauré un mécanisme de « rescrit social » permettant « *aux cotisants de demander à l'URSSAF de se prononcer explicitement sur l'application de certaines dispositions spécifiques du droit de la sécurité sociale à leur situation de fait. La position prise par l'URSSAF l'engagera à l'avenir, notamment en cas de contrôle* » (art. L. 243-6-3 du code de sécurité sociale).

Le rescrit fiscal donne la possibilité à un administré de soumettre sa situation à l'administration fiscale. Il est fondé sur une combinaison des articles L. 80-A et L. 80-B-1° du livre des procédures fiscales, dont il résulte que l'interprétation donnée par l'administration sur l'application d'un texte lui devient opposable par le contribuable qui s'y conforme, alors même que cette interprétation serait illégale.

Conséquence du développement de l'interprétation administrative de la norme, le Conseil d'État a proposé, dans son rapport public pour 2006 consacré à la sécurité juridique, le développement de cette technique. Il relève que ces techniques existent en Grande-Bretagne et aux États-Unis, où elles

permettent de prévenir l'émergence de contentieux entre l'administration et les administrés. Leur développement en France au-delà des sphères fiscale et sociale pourrait poursuivre, outre celui d'une meilleure connaissance du droit, facteur de sécurité juridique, un objectif similaire.

4- Les recommandations des autorités administratives indépendantes

Les recommandations émanent d'organismes indépendants institués par la loi et dont les membres sont désignés par le pouvoir réglementaire. L'ancienne Commission des opérations de bourse (COB) aujourd'hui intégrée dans l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), la Commission des clauses abusives (CCA), l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM, ex CSA), la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), l'Autorité de la concurrence sont parmi les plus connues. Les AAI émettent des **avis ou des recommandations** qui sont, en principe, dénués de toute portée obligatoire. Il faut noter que le juge les suit cependant souvent.

Exemple : la CCA a émis une recommandation le 7 juillet 1989 où elle considère abusive la clause en vertu de laquelle un établissement scolaire refuse de rembourser aux parents les frais de scolarité de leur enfant malade, dont la maladie l'empêche de suivre sa scolarité. Dans un arrêt du 10 février 1998, la première chambre civile a suivi cette recommandation en jugeant abusive une clause de ce type, et en la réputant, par suite, non écrite.

Aujourd'hui, certaines AAI ont même été investies par la loi d'un réel pouvoir réglementaire de décision et de sanction (c'est le cas par exemple de l'ARCOM, de l'AMF, de l'Autorité de la concurrence...).

Exemple : le 28 février 2025, l'ARCOM a refusé de renouveler l'autorisation d'exploitation d'un service de la télévision numérique terrestre (TNT) au profit des chaînes C8 et NRJ12. Cette décision fait suite à de multiples sanctions qui avaient été prononcées à l'égard de ces chaînes (une trentaine d'amendes, mises en demeure et rappels à l'ordre en dix ans, prononcées contre C8 et Cyril Hanouna, dont une amende record de 3,5 millions d'euros en février 2023).

B. La remise en cause de l'interprétation judiciaire du droit

Des remèdes (1) tentent de surmonter les faiblesses de l'interprétation judiciaire (2).

1- Les faiblesses de l'interprétation judiciaire

Pour qu'il y ait interprétation judiciaire, il faut, par hypothèse qu'il y ait **procès**, ce qui présente deux inconvénients : le premier, c'est que la connaissance par les justiciables de l'interprétation judiciaire d'un texte est dépendante de l'existence d'un procès. Le second, c'est qu'en supposant que le juge soit saisi, il faut encore attendre son jugement, ce qui – les critiques de la lenteur de la justice

l'attestent – est souvent **long**. Par exemple, la Cour de cassation a statué le 15 juin 1976 à propos de l'interprétation d'un texte issu de la loi du 3 janvier 1972. Il a donc fallu attendre quatre années avant de connaître la position des juges. La réforme du droit des contrats de 2016-2018 soulève également un bon nombre de questions d'interprétation qui ne sont, à ce jour, pas encore réglées. Dans certaines hypothèses, les juges ne seront même jamais amenés à se prononcer sur telle ou telle question.

Des remèdes existent toutefois pour revaloriser l'interprétation judiciaire.

2- Les remèdes aux faiblesses de l'interprétation judiciaire

Deux procédés principaux permettent de lutter contre les maux de l'interprétation judiciaire : l'*obiter dictum* (a) et la question préjudicielle (b).

a) L'*obiter dictum* (« dit en passant »)

Il s'agit d'une technique utilisée par la Cour de cassation, qui lui permet d'ajouter une précision, à l'occasion d'un litige, le plus souvent sans rapport avec celui-ci, qui ne sert pas à justifier la solution retenue en l'espèce. Le juge livre une opinion, chemin faisant, à titre indicatif, à toutes fins utiles. La technique est largement utilisée par la Cour de cassation malgré l'interdiction, posée par l'article 5 du code civil, des arrêts de règlements.

b) La question préjudicielle (procédure d'avis)

Il s'agit de suspendre un litige le temps que le juge pose une question d'interprétation à une autre juridiction. Le procédé existe en droit interne et en droit international.

DANS L'ORDRE INTERNE :

Pour les **juridictions administratives**, le procédé existe depuis le 31 décembre 1987 : les juges administratifs peuvent poser une question relative à l'interprétation d'un texte au Conseil d'État et suspendre le litige à l'occasion duquel la question s'est posée en attendant la réponse.

Pour les **juridictions judiciaires**, une loi du 15 mai 1991 a conféré à la Cour de cassation le pouvoir de donner des avis en répondant à des questions posées à l'occasion d'un litige par un juge du fond. La procédure d'avis a l'avantage de permettre de connaître très rapidement la position de la Cour sur l'interprétation de textes nouveaux et de donner ainsi une grande prévisibilité à la position que la Cour adoptera à l'égard de telle ou telle norme, dont l'application suscite des difficultés. La procédure d'avis, strictement encadrée, est soumise à des conditions :

- La **demande doit être faite par une juridiction de l'ordre judiciaire** qui, saisie d'une question à l'occasion d'un procès pendant devant elle, décide d'interroger la Cour. Sont, par conséquent, exclues les demandes qui émaneraient directement des parties.

- La question doit être une question de droit et, de surcroît, une **question nouvelle**.
- Elle doit présenter une **difficulté sérieuse** et se poser dans de **nombreux litiges**.
- A ces conditions qui résultent de la loi, la Cour de cassation en a ajouté une dernière : la question posée ne doit **pas déjà faire l'objet d'un pourvoi pendant devant elle**, ceci afin de ne pas déposséder la Chambre qui en est saisie de son pouvoir de juger.

En matière pénale, la loi du 25 juin 2001 a posé d'autres restrictions tenant à la nature du contentieux et à la préoccupation de ne pas retarder l'adoption d'une décision alors qu'un prévenu fait l'objet d'une détention provisoire ou d'un contrôle judiciaire.

La Cour de cassation est tenue de donner son avis dans un **délai de trois mois à compter de sa saisine**, et il faut préciser que la juridiction qui a posé la question préjudicielle n'est pas liée par la réponse qui lui est fournie par la Cour de cassation. A titre indicatif, le **nombre annuel d'avis tend à augmenter**. Alors qu'il était de l'ordre d'une dizaine il y a quelques années, ce chiffre est passé à 23 en 2024. Il était de 21 en 2023 et de 22 en 2022. Les avis sont publiés au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, ce qui leur donne une diffusion importante.

DANS L'ORDRE INTERNATIONAL :

Une procédure d'avis existe devant la Cour de justice de l'Union européenne et devant la Cour européenne des droits de l'homme.

- **S'agissant du droit de l'Union européenne :**

Le juge français doit appliquer le droit communautaire mais il n'a pas le pouvoir de l'interpréter. L'interprétation relève du pouvoir exclusif de la CJUE qui dispose d'un monopole à cet égard. Il s'ensuit que le juge français confronté à une difficulté d'interprétation du droit communautaire doit surseoir à statuer et attendre l'interprétation de la CJUE, sur le fondement de l'article 267 TFUE. Le recours est obligatoire si la décision à rendre par la juridiction française saisie n'est pas susceptible d'appel devant une juridiction interne supérieure ; il est facultatif dans le cas contraire.

Selon la CJUE, il n'y a pas difficulté d'interprétation dans deux cas :

- L'existence d'un précédent dans une hypothèse semblable ;
- L'évidence de l'interprétation ne laisse place à aucun doute raisonnable : le recours aux questions préjudicielles est encadré par la théorie de « l'acte clair » : il n'est pas nécessaire de poser une telle question si la norme communautaire à

interpréter est suffisamment claire, c'est-à-dire si son sens s'impose à son lecteur avec évidence.

Le système permet d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire, les juridictions nationales ne pouvant pas s'écarter de la réponse donnée par la CJUE, que cette réponse ait portée exclusivement sur la question posée ou sur les éléments complémentaires que la CJUE a cru bon de porter à la connaissance du juge national. Cette réponse s'impose également à toutes les juridictions des pays de l'Union européenne pour les affaires semblables dont elles pourraient avoir à traiter.

A titre indicatif, le Conseil d'État a recours à ce procédé 7 à 10 fois par an ; la Cour de cassation un tout petit peu moins. Il faut enfin relever que dans sa décision QPC du 14 juin 2013, le Conseil constitutionnel a pour la première fois posé une question préjudicielle à la CJUE.

▪ **S'agissant du droit européen :**

Le protocole n° 16 amendant la Convention européenne, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties, d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

La Cour de cassation française a utilisé cette procédure pour la première fois dans un arrêt du 5 octobre 2018 rendu en Assemblée plénière (n°10-19.053), au sujet de la gestation pour autrui. La Cour de cassation a soulevé la question de la conformité de sa jurisprudence aux droits et libertés protégés par la Convention européenne. Rappelons que la jurisprudence de l'époque imposait au conjoint du parent biologique de passer par la voie de l'adoption pour établir sa filiation à l'égard de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger, alors que la filiation du parent biologique pouvait être établie directement, sans passer par la voie de l'adoption. Dans un avis du 10 avril 2019, la Cour européenne a toutefois reconnu la conformité de la jurisprudence française à la Convention européenne en affirmant que si les filiations devaient effectivement être établies, les États membres conserveraient toutefois une marge d'appréciation quant aux modes d'établissement. Observons que, depuis, la Cour de cassation est allée plus loin en admettant l'établissement de la filiation non-biologique sans passer par l'adoption, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant (Civ. 1, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et 18-12.327).

Le Conseil d'État a également sollicité l'avis de la CEDH, pour la première fois, dans un arrêt du 15 avril 2021 (n°439036). Il interroge la CEDH sur les critères pertinents pour apprécier la compatibilité avec la convention européenne d'une disposition législative relative à la chasse, qui limite la possibilité pour les associations de propriétaires de retirer leurs terrains du territoire d'une association communale de chasse agréée.

FICHE 8 : LA LOI

La loi, qui répond à une définition bien précise (I), connaît depuis quelques années une crise qui affecte profondément sa qualité (II).

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA LOI

Le terme de « loi » peut, dans un sens restreint, être défini de **façon organique** : est une loi l'acte qui est élaboré par les organes exerçant le pouvoir législatif, selon la procédure législative. Il faut toutefois rappeler qu'il existe plusieurs formes de loi (A) et s'interroger sur les notions d'entrée en vigueur et d'abrogation de la loi (B).

A. Les différentes formes de loi

Il existe différentes formes de lois :

- **Les lois de ratification** qui autorisent la ratification des traités internationaux
- **Les lois de programme** qui prévoient l'objectif de l'action économique et sociale de l'État
- **Les lois référendaires**, fondées sur l'article 11 de la Constitution, qui sont adoptées par référendum et dont la constitutionnalité ne peut être contestée
- **Les lois organiques**, innovation de la Constitution de 1958 (article 46), qui précisent les conditions d'application d'un article de la Constitution. Elles font partie du bloc de constitutionnalité et sont obligatoirement soumises au contrôle de constitutionnalité

Exemple : La loi organique du 10 décembre 2009 portant application du nouvel **article 61-1 de la Constitution** a précisé les conditions d'application de **la question prioritaire de constitutionnalité** intégrée dans la Constitution par une réforme du 23 juillet 2008. Ce texte ouvre au justiciable le droit de poser une question de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel, après un double filtrage opéré par les juges du fond saisis d'abord, puis par le Conseil d'État ou la Cour de cassation (selon la nature du litige).

- **Les Lois de finance** qui, chaque année, déterminent le budget de l'État

- **Les lois d'habilitation** qui autorisent le gouvernement à prendre des mesures législatives par décret
- **Les lois de validation** qui valident un acte irrégulier à l'origine

Leur existence est ancienne, mais elles ont tendance à se multiplier aujourd'hui, de sorte que les conditions de leur validité se sont renforcées : il faut un motif d'intérêt général et le respect de l'autorité de la chose jugée (Conseil Constitutionnel, 22 juillet 1980, Loi de validation). Ces lois font également l'objet d'un contrôle conventionnel important, au regard notamment du droit à un procès équitable de l'art. 6 de la Conv. EDH. En outre, ce contrôle de conventionnalité est indépendant du contrôle de constitutionnalité. La CEDH, dans sa décision Zielinski du 28 octobre 1999, a par exemple censuré une loi de validation qui avait pourtant été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel (DC, 13 janvier 1994, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale) ;

- **Les lois ordinaires**

Le domaine de la loi est énoncé par la Constitution. **L'article 34** se livre en effet à une énumération des matières réservées à la loi. Il procède en trois temps :

- La loi fixe les règles (1^{er} temps) relatives aux droits civiques et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, à l'état des personnes, à la détermination des crimes et délits, à l'impôt ;
- La loi fixe également les règles (2^e temps) relatives à la fonction publique, aux établissements publics, aux élections ;
- La loi détermine enfin les principes fondamentaux (3^e temps) relatifs à la sécurité nationale, l'enseignement, le droit du travail, la libre administration des collectivités locales, etc.

B. Entrée en vigueur et abrogation de la loi

L'entrée en vigueur marque le moment où la loi commence à s'appliquer (1) ; à l'opposé, l'abrogation de la loi marque la fin de son application (2).

1- L'entrée en vigueur de la loi

Pour entrer en vigueur, une loi doit être d'abord promulguée, puis publiée.

La promulgation est l'acte *juridique* par lequel le Président de la République atteste de l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques de l'observer et de la faire observer. En application de l'article 10 de la Constitution, le décret de promulgation doit intervenir dans un délai de 15 jours à compter de la transmission de la loi adoptée par le Parlement au gouvernement. La date de la loi est celle de ce décret. Elle ne correspond toutefois pas à celle de son entrée en vigueur.

La publication est l'acte *matériel* qui permet de porter à la connaissance du public la loi nouvelle et qui résulte de l'insertion de son texte au Journal Officiel de la République française (JORF). La publication rend la loi obligatoire pour tous, et à compter de cette date « *nul n'est censé ignorer la loi* ». En vertu de l'article 1^{er} du code civil, la loi entre en principe en vigueur un jour après sa publication. Tel n'est toutefois pas toujours le cas. L'entrée en vigueur peut être retardée soit par la loi elle-même, qui prévoit une entrée en vigueur différée dans des dispositions transitoires, soit par la nécessité d'adopter des mesures d'application (décrets d'application). Dans cette hypothèse, la loi ne devient obligatoire qu'à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

Pour aller plus loin

Le parcours de la loi :

<http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/le-parcours-de-la-loi>

2- L'abrogation de la loi

La loi est applicable jusqu'à son abrogation. L'abrogation résulte d'un acte *volontaire* du législateur mettant fin à une loi et ne résulte jamais de la désuétude du texte, c'est-à-dire de sa non-application durant une période prolongée. Une loi tombée en désuétude n'est pas abrogée. L'abrogation peut toutefois ne pas résulter d'un texte formel. L'abrogation peut être :

- **Expresse** lorsqu'elle résulte d'un texte nouveau qui abroge le texte ancien.
- **Tacite** lorsqu'elle résulte d'une incompatibilité entre un texte ancien et un texte nouveau.

La loi, qui a pendant longtemps été la source principale du droit (légicentrisme), traverse aujourd'hui une grave crise qui en affecte la qualité.

II. LA CRISE DE LA LOI

La loi a évolué de façon notable à travers l'histoire. Définie à l'**article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** comme « *l'expression de la volonté générale* », la loi a longtemps été considérée comme une norme suprême, comme en témoigne la peinture « La glorification de la loi » de Paul Brudy reproduite sur le plafond de la Cour de cassation. On peut y lire l'inscription suivante, gravée sur le marbre en lettres d'or : « Lex imperat » (La loi commande).

Pour aller plus loin

Pour admirer l'intérieur de la Cour de cassation :

<https://www.courdecassation.fr/files/files/Evenements%20Cour/Journées%20du%20patrimoine/LivretCcPatrimoine.pdf>

La réflexion actuelle est cependant marquée par les changements, négatifs, qui l'affectent. Moins unilatérale, la loi est aujourd'hui de plus en plus négociée (groupes de pression) ; moins générale, elle cherche à mieux s'adapter à la diversité des situations ; si son caractère contraignant n'est pas contesté, se développe en revanche un droit dit « mou », fait d'incitations et de recommandations plus que de contraintes. La « crise de la loi » (l'expression est du professeur François Terré) renvoie à deux problématiques principales liées à une inflation quantitative de la loi (trop de lois) (A) et, concurremment, à sa dégradation qualitative (de mauvaises lois) (B).

A. L'inflation législative

Manifestations (1), causes (2) et remèdes (3) seront successivement exposés.

1- Les manifestations de l'inflation législative

On ne devrait légiférer que « *d'une main tremblante* » (Montesquieu), et pourtant aujourd'hui, la situation est inverse. On déplore une inflation de la loi, c'est-à-dire un nombre beaucoup trop important de textes. En 1991, le Conseil d'État déplorait un mouvement de « **surproduction normative** », de « logorrhée législative », qui se mesure d'abord en nombre de lois, puisque l'on note un accroissement moyen du nombre annuel des lois de 35% en 30 ans. Le constat n'a pas changé dans le rapport 2006 du Conseil d'État, qui rappelle que le stock législatif en 2000 était de plus de 9.000 lois, auxquelles viennent s'ajouter chaque année plus de 70 lois ordinaires et 50 ordonnances.

L'aggravation actuelle est manifeste si l'on regarde le **volume de la norme**. Le Conseil d'État note ainsi que, si le Journal officiel comprenait environ 15.000 pages au format papier par an dans les années

1980, il en compte plus de 23.000 en moyenne depuis les années 2000, en format numérique. Ce chiffre a augmenté régulièrement d'année en année, jusqu'en 2021. Depuis, une légère baisse semble de dessiner.

Cet accroissement général de l'activité normative était déjà sanctionné dans le rapport de 1991, qui indiquait les conséquences dommageables d'une telle évolution par une formule restée célèbre : « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* » ... D'après une étude du Conseil d'État du 3 mai 2018, « Mesurer l'inflation normative », il y avait en 2010 en France environ 58 codes, 2.016 lois non codifiées, 600 ordonnances, 26.198 décrets réglementaires, auxquels s'ajoutent chaque année environ 60 lois, 60 ordonnances, 1.600 décrets. Au 25 janvier 2018, on comptait 80.267 articles législatifs et 240.191 articles réglementaires. Si l'on ajoute les traités internationaux, il existerait aujourd'hui au total **400.000 normes applicables** dans l'ordre juridique français ! Certains auteurs relèvent en particulier aujourd'hui l'explosion du nombre d'ordonnances (ex. : P. Deumier) : alors qu'on comptait 53 ordonnances en 2004, il y en a eu 125 en 2020 et 91 en 2021 ! **L'année 2021** bat ainsi **plusieurs records** avec un total de 67 lois, 91 ordonnances, 1.842 décrets et 83.570 pages au JO. À noter une **baisse significative de l'activité normative en 2022 qui semble se confirmer en 2023**.

	Nombre de lois	Nombre d'ordonnances	Nombre de décrets	Nombre de pages au JO
2003	56	18	1 928	26 312
2004	41	53	2 386	26 143
2016	60	79	1 967	73 186
2020	47	125	1 773	69 086
2021	67	91	1 842	83 570
2022	43	45	1 786	71 293
2023	56	23	1 425	69 549

Au-delà de ce phénomène, on observe également une « **versatilité de la loi** », comme le relève le Conseil d'État. Les lois manquent aujourd'hui de pérennité ; elles sont modifiées très (trop ?) souvent. Leur « espérance de vie » (l'expression est de M. Nicolas Molfessis) est trop souvent réduite à quelques mois. L'exemple marquant est celui du droit fiscal ; ainsi, l'impôt sur les sociétés ou l'impôt sur le revenu sont retouchés presque chaque année. Ici non plus les conséquences sur la loi ne sont pas très heureuses, comme le signale encore le Conseil d'État : « la loi dont on change à chaque saison, la loi jetable, n'est pas respectable ».

Exemple : la **loi n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové** (ALUR) a été adoptée le 24 mars 2014, sous l'impulsion de Mme Cécile Duflot dont l'objectif principal était d'encadrer les loyers jugés trop élevés. Le 29 août 2014 – soit cinq mois plus tard – M. Valls alors Premier ministre,

annonçait déjà sa modification pour cantonner la réforme à certaines villes et sous certaines conditions seulement.

Exercice pratique

Aller lire l'art. 1397 du code civil, dans votre code civil au format papier :

- Parvenez-vous à identifier combien de fois l'article a-t-il été réformé depuis son entrée en vigueur ?
- Identifiez-vous facilement, parmi les dispositions de l'article, celles qui ont été supprimées, celles qui ont été ajoutées ?
- La lecture de l'article vous semble-t-elle facile ?
- Comprenez-vous le sens de cette disposition ?

2- Les causes de l'inflation législative

Cette prolifération trouve d'abord une explication dans la **complexité technique croissante de notre société**. Le droit ne se cantonne plus à prescrire ou interdire : il incite, il recommande en se contentant de fixer l'objectif à atteindre, ce qui exige des textes plus longs, plus nombreux, plus complexes.

On peut aussi y voir une traduction de la **conception moderne du rôle de l'État**, qui a entraîné l'intervention du législateur dans un nombre croissant de secteurs de la vie sociale, tandis que le **développement du droit international** nécessite de plus en plus de lois de transposition.

Enfin, on peut évoquer la **pression de certains groupements**, « *qui semblent plus sensibles à la fonction sédatrice de la loi qu'à sa fonction normative* » (rapport CE 1991), combinée avec une médiatisation croissante de nos sociétés. Ces derniers éléments se conjuguent ainsi dans l'effet *Assiduis*, terme désignant le « *phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent* ».

3- Les remèdes à l'inflation législative

Il existe plusieurs remèdes à l'inflation législative.

La codification permet de regrouper des textes épars en un ensemble unique et cohérent ; elle remédie à la « *dispersion et à l'émiettement des sources du droit* » (B. Oppetit). Elle permet de lutter contre l'inflation car elle est l'occasion de réduire en longueur les textes, de supprimer les doublons, d'éliminer les textes tombés en désuétude, etc.

L'expérimentation permet de s'assurer, en amont de la généralisation d'une réforme, que la norme que l'on s'apprête à adopter répond aux besoins identifiés. L'application spatialement et temporellement limitée d'une norme existe depuis longtemps. Elle a été utilisée dans le cadre de l'instauration du RMI en 1988, dans celui de la gestion régionalisée des lignes de chemins de fer à partir de 1997 pour une durée de trois ans, ou encore celui de la Prestation Spécifique Dépendance (loi 25 juillet 1994, généralisée par loi 24 janvier 1997). Certaines lois ont également fait l'objet d'expérimentation avant d'être généralisées. C'est le cas de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'IVG votée pour une durée de cinq ans puis pérennisée en 1979.

L'évaluation est une technique à la mode qui consiste à mettre en place des procédés d'évaluation des besoins de lois.

Exemples :

- Un décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques crée un dispositif institutionnel permanent d'évaluation.
- Création en 1996 de deux offices parlementaires d'évaluation législative et des politiques publiques.
- Création en 1999 d'une « mission d'évaluation et de contrôle » au sein de la commission des finances.

Parallèlement à cette inflation législative – et largement liée à celle-ci – une baisse de la qualité de la loi peut être déplorée.

B. Le déclin qualitatif de la loi

Quelles en sont les manifestations (1) et les remèdes (2) ?

1- Les manifestations du déclin qualitatif de la loi

La loi, selon PORTALIS, a un objet précis : elle « *permet, ordonne ou interdit* ». L'**absence de contenu normatif** réel de certaines dispositions législatives est pourtant aujourd'hui particulièrement notable, avec le développement, relevé par le Conseil d'État (1991), d'un « *droit mou, droit flou, droit à l'état gazeux* ».

La loi souffre ainsi de la **multiplication des dispositions d'affichage**, rédigées pour répondre aux **attentes de l'opinion**. L'**actualité** – un fait divers, une pratique qui se répand, un événement festif ... – est aujourd'hui souvent l'occasion d'adopter une nouvelle loi, qui perd sa généralité.

Exemples :

- la loi n°2023-380 du 19 mai 2024 relative aux jeux Olympiques et paralympiques de 2024 ;
- la loi n° 2025-74 du 29 janvier 2025 relative à l'instauration d'un nombre minimum de soignants par patient hospitalisé ;
- la loi n° 2025-175 du 24 février 2025 visant à interdire les dispositifs électroniques de vapotage à usage unique ;
- la loi n° 2025-237 du 14 mars 2025 visant à endiguer la prolifération du frelon asiatique et à préserver la filière apicole.

Les lois, de plus en plus **encombrées de détails, sont de moins en moins intelligibles**. Leur contenu est long, parfois mal rédigé, avec des répétitions, voire des incohérences et comporte souvent de nombreux renvois à d'autres textes, parfois même situés dans un code différent, ce qui oblige le lecteur à interrompre sa lecture pour aller chercher les règles auxquelles le texte renvoie.

L'article 1^{er} de nombreuses lois est dans certains cas **dépourvu de tout contenu normatif**, se contentant de formuler des « objectifs » qui ne devraient figurer que dans l'exposé des motifs.

Exemples :

- « Le droit à la ville » (loi du 3 février 1991) ;
- « 80% d'une classe d'âge au niveau du bac » (loi du 10 juillet 1989) ;
- « L'architecture est une expression de la culture » (loi du 3 janvier 1977).

Enfin, la multiplication de lois portant « diverses dispositions d'ordre... » ou « diverses mesures d'ordre... » est critiquée comme « **pratique des lois fourre-tout** ». Et pourtant, elles ne cessent de se multiplier.

Au final, la loi perd ses caractères traditionnels (général, impersonnel, obligatoire, normative, pérenne...) et devient de moins en **moins intelligible**, ce qui soulève un certain nombre de difficultés au regard de la connaissance de la loi et de l'exigence de sécurité juridique.

Exemple : l'art. L. 423-16 du code de la construction et de l'habitation

« Un organisme d'habitations à loyer modéré peut consentir sur ses ressources disponibles à long terme des prêts participatifs visés aux articles L. 313-13 à L. 313-16 et de prêts en application du 6 bis de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier, à une ou plusieurs sociétés d'habitations à loyer modéré avec lesquelles il a, directement ou indirectement, des liens de capital lui donnant un pouvoir de contrôle effectif sur cette ou ces sociétés au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ainsi qu'à tout autre organisme mentionné aux articles L. 365-2, L. 411-2 et L. 481-1 du présent code

membre du même groupe d'organismes de logement social au sens de l'article L. 423-1-1 que lui. Ces prêts sont soumis à un régime de déclaration préalable aux ministres chargés du logement et de l'économie. L'absence d'opposition motivée de l'un des deux ministres dans un délai de quinze jours vaut accord. Les modalités de la déclaration sont définies par décret.

Ces prêts participatifs sont rémunérés sans que le taux fixe augmenté de la part variable déterminée par contrat puisse excéder le taux d'intérêt servi au détenteur d'un livret A, majoré de 1,5 point.

L'organisme d'habitations à loyer modéré prêteur informe la caisse mentionnée à l'article L. 452-1 du présent code s'il exerce une activité locative et la société de garantie des organismes d'habitations à loyer modéré contre les risques d'opérations immobilières mentionnée à l'article L. 453-1 s'il exerce une activité d'accession à la propriété de la conclusion et des conditions du prêt à l'organisme d'habitations à loyer modéré bénéficiaire ».

Cette dégradation de la norme est dangereuse du point de vue de la **sécurité juridique**. Et plus généralement, ce déclin de la qualité de la loi pose la question d'une véritable « désacralisation » du texte législatif. C'est la raison pour laquelle des remèdes sont recherchés pour enrayer le déclin qualitatif de la loi.

2- Les remèdes au déclin qualitatif de la loi

Les pouvoirs publics (a) comme les juridictions (b) concourent à remédier au déclin de la qualité de la loi.

a) L'action des pouvoirs publics

Les pouvoirs publics œuvrent pour lutter contre le déclin de la loi, tant en interne qu'au niveau européen. Ainsi, le Parlement européen, le Conseil des ministres et la Commission ont conclu, le 16 décembre 2003, un **accord interinstitutionnel** intitulé « Mieux légiférer » par lequel ils s'engagent à veiller « à la qualité de la législation, à sa clarté, à sa simplicité et à son efficacité ».

En interne, dans les années 2000, plusieurs circulaires du Premier ministre relatives à la qualité de la réglementation ont imposé la réalisation **d'études d'impact** sur la réforme projetée. Cette exigence d'étude d'impact a par la suite été **inscrite dans la Constitution** (art. 39 et 42 issus de la révision du 23 juillet 2008) et a été précisée par une loi organique du 15 avril 2009. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation.

Des **travaux de simplification du droit** ont également été menés : après deux lois de simplification des 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004, une troisième a été adoptée le 20 décembre 2007, qui comprend de nombreuses mesures mettant en œuvre des objectifs de simplification. La simplification intervient

également dans des domaines particuliers. On peut par exemple citer la loi n°2015-177 du 17 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, l'objectif étant de simplifier la vie quotidienne des français et leurs relations avec l'administration. En 2013 et 2014, le Président de la République François Hollande avait fait de cette simplification son cheval de bataille avec l'annonce d'un « **choc de simplification** ».

Le développement de la **codification** permet également de lutter contre la crise de la loi. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations consacre la valeur législative de la codification, qui a pour but de classer dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1999, *Codification par ordonnance* a quant à lui consacré la valeur constitutionnelle de la codification à droit constant, en affirmant qu'elle constitue un moyen de renforcer la sécurité juridique, elle-même indirectement érigée en principe à valeur constitutionnelle.

Le Parlement a proposé une modification de la procédure d'adoption des lois : onze propositions de loi ont été déposées par le Président de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2006 visant à « **légiférer moins pour légiférer mieux** ». Il avait aussi créé à l'été 2007 un **site internet** destiné à permettre à tout citoyen de faire part à l'Assemblée nationale de sa connaissance de lois obsolètes, inutiles, insuffisamment normatives, ou de formuler des propositions de reformulation, de simplification, etc.

L'évaluation des politiques publiques a également été renforcée au sein-même du Parlement. Une loi du 8 juillet 1983 a créé l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques et une loi du 14 juin 1996 a créé l'Office parlementaire pour l'évaluation de la législation, chargé « *de rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit* ».

La **loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance** (dite « Essoc »), a introduit plusieurs dispositifs prenant acte de la complexité des normes et visant à en prévenir ou en atténuer les effets indésirables pour les citoyens. L'article L. 123-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) crée ainsi un « **droit à régularisation en cas d'erreur** » pour les personnes de bonne foi ayant méconnu pour la première fois une règle applicable à leur situation ou ayant commis une erreur matérielle lors du renseignement de leur situation. Dans une telle hypothèse, aucune sanction ne sera encourue si la régularisation a lieu spontanément ou dans le délai imparti à cette fin par l'administration. Ce droit est cependant limité, puisqu'il ne s'applique pas aux sanctions requises pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, aux sanctions prononcées en cas de méconnaissance des règles préservant directement la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement, aux sanctions prévues par un contrat et aux sanctions prononcées par les autorités de régulation à l'égard des professionnels soumis à leur contrôle. Les articles L. 124-1 et 2 du même code créent un **droit au contrôle par l'administration** et à l'opposabilité des résultats issus de ce contrôle, afin d'assurer la sécurité juridique des opérateurs. Une procédure de **rescrit**, applicable à

certaines opérations d'urbanisme, en matière de droit du travail, de commerce et de concurrence, est également instaurée, obligeant l'administration, sur demande de l'intéressé, à prendre position sur l'application à sa situation de telle ou telle règle de droit.

Dans le même esprit, est instauré un **droit à l'information** permettant à un usager d'obtenir une information sur l'existence et le contenu des règles régissant une activité. Toute information incomplète ou erronée à l'origine d'un préjudice pour l'utilisateur engage la **responsabilité de l'administration** (article L. 114-11 CRPA).

b) L'action des juridictions

Le **Conseil d'État** a consacré deux rapports consécutifs à la question du déclin de la loi, s'agissant du droit interne (rapport pour 2006 sur la sécurité juridique) et du droit communautaire (rapport pour 2007 sur l'administration française et l'Union européenne).

Le **Conseil constitutionnel** a relayé par sa jurisprudence les préoccupations relatives à une meilleure rédaction de la norme. En consacrant, par une décision du 16 décembre 1999, *Codification, l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, il s'est doté d'un outil lui permettant de censurer les excès législatifs les plus indésirables ou, au contraire, de valider le recours à certaines techniques d'élaboration de la norme. Cet objectif lui permet ainsi tant de censurer la complexité excessive de la loi (CC 29 décembre 2005, *LF pour 2006*) que d'admettre le principe de la codification par ordonnances (CC 26 juin 2003, *Loi de simplification du droit*). Le Conseil constitutionnel a également rappelé, en se fondant sur l'article 6 de la DDHC (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »), cette évidence oubliée que l'objet de la loi est d'énoncer des règles, c'est-à-dire des dispositions revêtues d'une portée normative. Le Conseil constitutionnel censure donc des dispositions dont « *la portée normative est incertaine* » (CC 29 juillet 2004 *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales* ; CC, 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*), ainsi que les dispositions « *manifestement dépourvues de toute portée normative* » (CC 21 avril 2005, *Avenir de l'école*).

Pour aller plus loin

Alexandre Flückiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-de-clarte-de-la-loi-ou-l-ambiguite-d-un-ideal>

Relevons enfin que, par un arrêt du 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, la **CEDH** a utilisé formellement – pour la première fois – les termes de « qualité de la loi », critiquant un droit qui « *n'était pas formulé avec suffisamment de précision* ».

FICHE 9 : LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence désigne au sens le plus large **l'ensemble des décisions de justice**. En un sens plus étroit, il s'agit des principes qui se dégagent des décisions de justice. Et dans un sens encore plus étroit, le terme désigne les seules solutions dégagées par les arrêts de principe des juridictions les plus hautes (Cour de cassation et Conseil d'État), qui ont vocation à se répéter à l'avenir.

Deux questions sont traditionnellement évoquées au sujet de la jurisprudence. D'abord, il faut s'interroger sur le phénomène jurisprudentiel et mesurer ainsi son importance en droit français (I). La portée de la jurisprudence doit ensuite être circonscrite en exposant le débat classique sur le point de savoir si elle constitue ou non une source du droit (II).

I. LE PHÉNOMÈNE JURISPRUDENTIEL

La jurisprudence occupe une place importante bien que le droit français soit un droit écrit :

- Tout d'abord, une branche entière du droit, à savoir **le droit administratif**, est largement jurisprudentielle et repose en grande partie sur la jurisprudence élaborée par le Conseil d'État.
- Ensuite, des matières entières sont purement jurisprudentielles. Tel est le cas du **Droit international privé** qui, durant très longtemps, reposait sur un seul texte : l'article 3 du code civil aux termes duquel « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers* ».
- Dans une matière enfin, la jurisprudence peut occuper **une place importante** en dégagant des règles générales. Ainsi, en droit civil, le droit de la responsabilité a été en partie élaboré par les magistrats : à partir de l'article 1384 al. 1^{er} ancien du code civil (art. 1242 al. 1^{er} nouveau), la jurisprudence a créé un principe général de responsabilité du fait des choses (arrêts Teffaine du 16 juin 1896 et Jand'heur du 13 février 1930).

La jurisprudence se forme à certaines conditions (A), parfois en dégagant des principes généraux du droit qui permettent d'attester de son importance (B).

A. La formation de la jurisprudence

On peut énoncer plusieurs critères théoriques, à l'origine de la formation de la jurisprudence :

▪ **La formulation de la décision :**

La formulation de la décision est un premier indice : une formulation abstraite, générale, brève est plus forte qu'une formulation emplie de détails, longue et factuelle. De même, les principes énoncés peuvent être plus ou moins fermes.

▪ **La nature de la juridiction :**

Une décision émanant d'un Tribunal judiciaire sera beaucoup moins importante que celle émanant de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, et aura donc moins de chance de faire jurisprudence, même s'il existe des jurisprudences parmi les juridictions du fond.

▪ **La constance de la décision :**

La répétition d'une même solution est un facteur important dans la notion de jurisprudence. Il n'y a pas jurisprudence si une même solution ne se répète pas sur une certaine durée.

▪ **La publicité de la décision :**

La publication ou non de la décision joue un rôle important dans la formation de la jurisprudence. En effet, il existe une hiérarchie dans la diffusion de la jurisprudence – en particulier selon les arrêts publiés et ceux qui ne le sont pas –.

B. L'existence de principes généraux du droit

Des principes généraux du droit sont issus de la jurisprudence. Ils se définissent comme des **règles non écrites de portée générale qui ne sont formulées dans aucun texte** mais que le juge considère comme s'imposant à l'administration, à l'État ou aux justiciables, et dont la violation est considérée comme une violation d'une règle de droit.

- Les principes généraux du droit peuvent être **induits à partir d'un texte**. Le rôle d'interprète du droit conféré au juge permet alors de justifier la création du principe car on peut y voir une démarche d'interprétation de la loi. Le principe selon lequel l'enfant est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt (« *infans conceptus* ») a été dégagé dans l'arrêt Segers du 10 décembre 1985 par la Cour de cassation, à partir des articles 725, 906, 921 du code civil. De même, le principe de l'enrichissement injustifié, dégagé en 1892 par la jurisprudence, a été induit de certains articles du code civil (articles 554, 555, 556, 861, 862, 1676).

- Mais les principes généraux du droit peuvent aussi être **créés en l'absence totale de texte**, ce qui est beaucoup plus contestable au regard du principe de séparation des pouvoirs. La théorie des troubles anormaux de voisinage en fournit une illustration. La Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* » (Civ. 2, 19 novembre 1986) à partir d'aucun texte. On peut également citer le principe selon lequel « *la fraude fait échec à toutes les règles* » (« *fraus omnia corrumpit* »). Enfin, le principe d'indisponibilité du corps humain a été visé par l'Assemblée Plénière dans un arrêt du 31 mai 1991 pour fonder l'interdiction des conventions de mères porteuses, en l'absence de texte (l'art. 16-7 du code civil consacrera plus tard le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui).

Le phénomène jurisprudentiel présente donc une **importance considérable**, d'autant plus marquée depuis que la loi est actuellement affectée d'une crise (inflation législative et déclin qualitatif de la loi). On peut alors s'interroger sur la portée exacte de la jurisprudence.

II. LA PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE

La question de la portée revient à se demander si la jurisprudence constitue ou non une source du droit. En principe, une réponse négative doit être apportée, en raison de la séparation des pouvoirs (A). Mais force est de constater que plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de la thèse inverse (B).

A. Le principe : l'exclusion de la jurisprudence des sources officielles du droit

En principe, la jurisprudence n'est pas constitutive d'une source du droit. Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de cette thèse :

- Les **articles 34 et 37 de la Constitution** ne font aucune place au juge pour élaborer la règle de droit.
- Le principe de **séparation des pouvoirs** interdit au juge de s'immiscer dans la fonction législative (article 16 DDHC).
- **L'article 5 du code civil** interdit aux juges de rendre des **arrêts de règlement**, en disposant qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises* ». Si les juges sont tenus de

juger le litige qui leur est soumis, ils ne « *sauraient se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront les mêmes questions d'après les principes posés par eux* »¹⁸.

- Le raisonnement des juges prend la forme d'un **sylogisme** judiciaire : la majeure est la règle de droit, la mineure est la constatation des faits de l'espèce et la conclusion est l'application de la règle de droit à l'espèce considérée. Cette forme du syllogisme constitue en principe un obstacle à la création de droit.
- Il n'y a pas en France de règle du « **précédent** », à l'inverse de certains systèmes comme celui de la *common law* par exemple, ce qui signifie que le juge n'est pas lié par ce qu'il a déjà jugé par le passé. Le juge a une entière liberté de procéder à des **revirements de jurisprudence**. La Cour de cassation a ainsi précisé que « *la référence à une décision rendue dans un litige différent de celui soumis à une juridiction ne saurait, en toute hypothèse, servir de fondement à la décision de cette dernière* »¹⁹.
- **L'article 1355** du code civil énonce que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». L'**autorité de la chose jugée** signifie que la chose jugée est tenue pour la vérité. Mais elle est **relative**, c'est-à-dire qu'elle ne vaut que pour le litige jugé entre les parties au procès.
- Il n'existe pas de **cas d'ouverture à cassation** pour « violation de jurisprudence », comme il en existe pour violation de la loi.
- La **jurisprudence** est **précaire et dangereuse** car elle est par nature rétroactive.

Mais d'autres arguments permettent à l'inverse d'affirmer que la jurisprudence est devenue, progressivement, créatrice de droit.

¹⁸ Civ., 16 juin 1955, RTDciv. 1955. 696, obs. Hébraud.

¹⁹ Soc., 27 février 1991, Bull. Civ. V n° 102.

B. La nuance : la jurisprudence, une source officieuse du droit ?

La jurisprudence serait progressivement devenue une source officieuse du droit.

Plusieurs arguments militent en faveur de cette thèse. Sans prétendre à l'exhaustivité, en voici quelques-uns :

- **L'article 4 du code civil** sanctionne le **déni de justice** ; il interdit au juge de refuser de trancher un litige au prétexte du silence de la loi. En l'absence de texte, le juge doit donc juger et combler les lacunes de la loi. Ce faisant, il dit le droit et donc crée de la norme, tout comme le ferait le législateur.

Exemple de déni de justice : Civ. 3, 3 février 2018 (n°17-10.558)

Sur le second moyen :

Vu l'article 4 du code civil ;

Attendu que l'arrêt attaqué (Paris, 27 octobre 2016) fixe, de manière alternative, selon que les travaux envisagés donneront lieu ou non à un surcoût lié à la pollution du terrain, le montant des indemnités revenant à la société Total marketing services au titre de l'expropriation, au profit de la société SEM Plaine Commune développement, d'un ensemble immobilier lui appartenant ;

Qu'en statuant ainsi, en fixant des indemnités alternatives, alors qu'il lui incombait de déterminer l'existence et le montant d'un éventuel surcoût lié à la dépollution du terrain, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions l'arrêt rendu le 27 octobre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

- **L'article 455 du code de procédure civile** oblige le juge à **motiver sa décision**, sous peine d'être censuré par la Cour de cassation pour absence ou insuffisance de motifs. Toute décision de justice comporte des motifs (= la justification de la décision) et un dispositif (= la solution concrète). Or, bien souvent, on trouve des règles générales dans les motifs retenus.

- La jurisprudence dégage des **principes généraux du droit** ; elle est donc susceptible de rendre des décisions générales et impersonnelles qui présentent des caractères proches de ceux de la loi.
- La fonction du juge qui consiste à interpréter la loi le conduit parfois à s'éloigner assez sensiblement du texte interprété. C'est le cas lorsque le juge procède à une **interprétation évolutive de la loi**, voire lorsqu'il fait une interprétation « *contra legem* » d'un texte, hypothèses qui peuvent être assimilées à une fonction créatrice de droit.
- La **jurisprudence** présente un caractère relativement **stable**, les revirements de jurisprudence ne sont pas si fréquents, et à l'inverse la loi perd en stabilité avec l'inflation législative et le déclin de sa qualité. Une « **loi d'imitation** » explique en partie ce caractère, suivant laquelle les juges du fond ont tendance à s'aligner sur les décisions de la Cour de cassation. De même, une « **loi de continuité** » explique que ce que la Cour de cassation a jugé par le passé, elle le jugera à nouveau dans l'avenir.
- On distingue plusieurs types d'arrêts rendus par la Cour de cassation : les **arrêts d'espèce**, dans lesquels les circonstances de l'espèce, particulières, expliquent la solution retenue et les **arrêts de principe** qui dépassent les seuls faits de l'espèce et qui énoncent une règle de portée plus générale.
- La Cour de cassation est amenée à rendre des **avis** : tout juge du fond peut saisir la Cour de cassation d'une **question préjudicielle** afin de connaître sa position sur une difficulté sérieuse se posant dans de nombreux litiges. Autrement dit, la Cour de cassation peut être invitée à donner son avis, *a priori*, sur la solution à donner à une question de droit nouvelle.
- **Portalis**, dans son **discours préliminaire**, traitait loi et jurisprudence sur un pied d'égalité, en ces termes : « *il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger (...). On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois* ».

- La jurisprudence a un **caractère obligatoire**, elle s'impose aux sujets de droit. C'est ce qui explique par exemple qu'un professionnel du droit engage sa responsabilité lorsqu'il n'informe pas son client d'une nouvelle jurisprudence qui lui est favorable²⁰.
- Les arrêts de la Cour de cassation font l'objet d'un système de diffusion que l'on pourrait comparer à la publication des lois au Journal Officiel. Il est vrai que ce n'est pas le cas de toutes les décisions de la Cour de cassation. Il existe une hiérarchisation : plus l'arrêt est jugé important, plus sa diffusion est large.

Pour aller plus loin

La classification des arrêts de la Cour de cassation :

<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2021/06/15/la-nouvelle-classification-des-arrets>

- Le pouvoir créateur du juge est devenu aujourd'hui si important que certains auteurs parlent de « **légisprudence** » (mot formé à partir de législation et de jurisprudence) pour le décrire, et non plus de jurisprudence (Th. Revêt, Mélanges Malaurie, 2005).

²⁰ Civ. 1, 7 mars 2006, Bull. Civ. I n° 136.

Conclusion :

L'analyse de la portée de la jurisprudence n'est donc pas aisée, tant il existe des arguments opposés. Certains auteurs ont proposé une analyse intermédiaire séduisante de la jurisprudence (J. Carbonnier, G. Cornu) en refusant d'y voir une véritable source du droit mais en admettant qu'elle constitue tout de même une véritable **autorité**, qui tirerait sa force :

1- Du fait qu'elle est implicitement acceptée par le législateur.

Dès lors que le législateur ne brise pas une jurisprudence, c'est qu'il l'accepte. L'argument pêche cependant sous quelques aspects : il repose en effet sur une fiction car il suppose que le législateur connaisse et suive l'évolution de la jurisprudence ; or rien n'est moins sûr...

2- Du fait qu'elle est implicitement acceptée par la communauté des juristes.

L'argument n'est pas non plus infaillible : où est l'assentiment des juristes ? Comment se manifeste-t-il ? Est-il variable selon les procès ?

3- Du fait qu'elle interprète la loi, et par suite, lui emprunte sa force.

L'idée qu'il y a dans le rôle même du juge des éléments qui permettent d'expliquer la force de la jurisprudence est séduisante. L'interprétation des textes confère au juge interprète un rôle d'autorité qui ferait corps avec le rôle créateur du législateur : « *le juge est la parole vivante du droit* » (P. Hébraud).

FICHE 10 : LA COUTUME

Certaines règles de droit ne sont le fruit **d'aucun texte** mais se sont formées peu à peu avec le temps et ont puisé leur autorité dans la tradition. Il s'agit des règles coutumières. On appelle coutume, selon Pothier, « *des lois que l'usage a établies et qui se sont conservées sans écrits par une longue tradition* ».

A la différence des règles écrites, **la coutume n'émane pas de l'État mais s'élabore de manière lente, spontanée et populaire**. Si la coutume ne trouve pas sa source dans un écrit, elle peut toutefois être entérinée, par la suite, dans un écrit. Ainsi, l'ordonnance de Montil-Les-Tours de 1453 a prescrit la rédaction de nombreuses coutumes de France pour mieux les connaître. Il est vrai que sous l'ancien régime, les coutumes étaient très nombreuses. Avant la révolution, la France était en effet divisée en deux : au nord, les pays dits de coutume dans lesquels un droit coutumier s'ajoutait au droit monarchique, et au sud, les pays dits de droit écrit dans lesquels s'appliquaient – en plus du droit monarchique – les règles écrites d'origine romaine. Avant le code civil, la coutume était donc une source essentielle du droit objectif. Le code napoléonien bouleverse cet ordre des choses en conférant une suprématie à la loi. Cette suprématie de la loi est justifiée par plusieurs arguments : tout d'abord la loi écrite est plus précise et plus certaine alors que la coutume peut être une source d'insécurité en raison de sa plus grande incertitude. Ensuite, la loi est générale et s'applique à tout le territoire alors que la coutume varie d'une région à l'autre et parfois même d'une profession à l'autre. Enfin, la loi réagit plus vite aux besoins de la société que la coutume dont l'élaboration est particulièrement longue.

La coutume constitue aujourd'hui une **source directe mais secondaire** de notre droit légaliste, notamment en droit civil. En droit pénal, elle est encore plus limitée, en raison du principe de légalité des délits et des peines, issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Un des rares exemples est l'autorisation des combats d'animaux (corridas dans le Sud-Ouest, combats de coq dans les Antilles) accordée à titre exceptionnel en vertu d'une coutume qui déroge à l'interdiction des actes de cruauté sur les animaux (article 521-1 du code pénal). Dans d'autres domaines en revanche, tels que le droit commercial ou le droit international public, la coutume tient un rôle beaucoup plus important. Cette dernière matière repose d'ailleurs entièrement sur une règle coutumière selon laquelle « *pacta sunt servanda* » (les accords doivent être respectés).

Il faut alors préciser la notion de coutume (I) et son rôle (II).

I. LA NOTION DE COUTUME

La coutume se définit comme une pratique constante et répandue, jugée obligatoire dans l'opinion commune. Cette définition laisse apparaître les deux éléments qui la constituent : un élément matériel (A) et un élément psychologique (B).

A. L'élément matériel de la coutume

L'élément matériel de la coutume consiste en un comportement suivi de manière habituelle, c'est-à-dire un usage. Mais il ne faut pas confondre usage et coutume. Si c'est à partir d'un usage que se forme la coutume, tous les usages ne deviennent pas systématiquement une coutume. En outre, la coutume est une règle de droit alors que l'usage n'a que la valeur juridique que la loi lui accorde. Pour qu'un usage puisse devenir une coutume, il faut réunir certaines conditions :

- **L'usage doit être ancien** et présenter une certaine durée, comme le souligne l'adage populaire « *une fois n'est pas coutume* ». La coutume, contrairement à la loi, disparaît par désuétude lorsqu'elle n'est plus pratiquée.
- **L'usage doit être constant**, c'est-à-dire régulier et suivi durant la période considérée.
- **L'usage doit être notoire**, c'est-à-dire largement connu de ceux qu'il concerne.
- **L'usage doit être répandu dans l'espace**, être général et partagé par plusieurs individus ou groupes d'individus.

Ce n'est pas dire cependant que la pratique doive se répandre sur tout le territoire ; il existe des coutumes nationales mais aussi des coutumes territoriales, régionales, locales, voire simplement professionnelles. Les **usages professionnels** sont par exemple nombreux dans le monde de l'entreprise. Ils se matérialisent par toutes sortes d'avantages que peut accorder un employeur à ses salariés. La reconnaissance d'un usage professionnel est toutefois soumise, par la Cour de cassation, aux conditions suivantes :

- Il doit être **général**, c'est-à-dire qu'il doit être accordé à tout le personnel ou au moins à une catégorie du personnel ;
- Il doit être **constant**, c'est-à-dire attribué régulièrement (exemple : une prime versée depuis plusieurs années).
- Il doit être **fixe**, ce qui implique qu'il soit déterminé selon des règles précises (exemple : une prime dont le mode de calcul est constant et fixé à l'avance avec des critères objectifs).

A cet élément matériel de la coutume doit s'ajouter un élément psychologique.

B. L'élément psychologique de la coutume

La dimension psychologique de la coutume consiste dans la **conviction** des sujets de droit d'agir en vertu d'une **règle obligatoire**. Toute règle de droit présente un caractère obligatoire. Sans cet élément, il ne peut y avoir coutume. Le sentiment du caractère obligatoire de la règle coutumière apparaît, comme pour son élément matériel, de manière spontanée. La coutume n'étant par définition pas écrite, ce caractère obligatoire peut être prouvé par tous moyens par celui qui se prévaut de la coutume en justice.

II. LE RÔLE DE LA COUTUME

Par contraste avec l'ancien droit, le légicentrisme révolutionnaire a exclu la normativité de règles d'origine non étatique. Autrement dit, seul l'État peut en principe créer du droit. On peut lier cette approche à l'exigence démocratique : seule la volonté générale, au sens où l'a définie Jean-Jacques Rousseau, peut s'imposer aux individus et seuls les représentants de la Nation peuvent exprimer cette volonté. Aussi, la coutume ne peut théoriquement jouer un rôle que si la loi y fait référence. La coutume aurait une fonction secondaire. En réalité, son rôle est plus complexe. Il varie selon le type de coutume. On distingue en effet la coutume « *secundum legem* », c'est-à-dire suivant la loi (A), la coutume « *praeter legem* », c'est-à-dire au-delà de la loi (B) et la coutume « *contra legem* » qui va à l'encontre de la loi (C).

A. La coutume « secundum legem »

Dans certains cas, la loi renvoie expressément à la coutume. On parle alors de coutume « *secundum legem* » (qui seconde la loi). Dans ce cas, c'est le législateur qui délègue son pouvoir à la coutume. La coutume tire alors sa force obligatoire de la loi elle-même.

La coutume peut alors avoir :

- **Un caractère impératif**, qui signifie qu'elle doit s'appliquer malgré une disposition législative contraire. C'est la règle légale qui aura ici un caractère supplétif. Ainsi, le code civil renvoie à plusieurs reprises, en matière de propriété immobilière, à des usages locaux impératifs.

Exemple : l'art. 671 du code civil prévoit qu'il faut se référer aux usages pour déterminer à quelle distance de la ligne séparant deux propriétés peuvent être faites les plantations. Cet article prévoit à titre supplétif une distance de 2 mètres.

- **Un caractère supplétif**, qui signifie que la coutume s'applique à défaut de disposition contraire.

Exemple : l'art. 1194 du code civil, en vertu duquel « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* », s'applique à défaut de disposition contraire.

B. La coutume « praeter legem »

Dans certains cas, la coutume vise à combler une lacune législative ou réglementaire. La coutume « praeter legem » (en l'absence de loi) illustre l'idée selon laquelle la loi n'est pas la seule source de droit. Elle joue ici un rôle de complément de la loi insuffisante. Dans son discours préliminaire au code civil, Portalis s'était prononcé en faveur de la reconnaissance de la force obligatoire de la coutume indépendamment d'un renvoi de la loi en cas de silence de cette dernière sur un point précis.

La coutume est alors une source du Droit objectif entièrement autonome. Ces coutumes sont toutefois assez rares car il faut que l'inaction du législateur soit assez longue pour qu'une coutume ait le temps de s'installer et puisse pallier le manque législatif. En général, le législateur finit toujours par intervenir et si tel n'est pas le cas, c'est la jurisprudence qui, plus vite que la coutume, pose bien souvent la règle manquante.

Exemples :

Il existe une coutume selon laquelle la femme mariée prend le nom de famille de son époux.

Il existe de nombreux usages d'entreprise en droit du travail.

En matière notariale, en vertu d'une coutume, la preuve de la qualité d'héritier peut se faire par un acte de notoriété.

La « *lex mercatoria* » désigne un ensemble d'usages élaborés par les milieux professionnels du commerce international.

C. La coutume « contra legem »

Il existe des coutumes contraires à la loi. Il faut alors distinguer deux hypothèses :

- Soit il s'agit d'une **coutume contraire à une loi impérative** et elle est en principe dépourvue de force obligatoire, car la loi est au-dessus de la coutume dans la hiérarchie des normes. Il faut cependant noter que certaines coutumes restent applicables y compris lorsqu'une loi impérative est contraire.

Exemple : le don manuel (remise d'une chose de la main à la main) est valable alors même que cette pratique est contraire à l'art. 931 du code civil qui impose la forme notariée pour toute donation.

- Soit il s'agit d'une **coutume contraire à une loi supplétive** de volonté, et alors elle est applicable : la loi est seulement écartée par une volonté contraire, comme elle peut l'être par des contractants.

Exemple : en droit commercial, la solidarité entre codébiteurs se présume, contrairement au principe expressément posé par l'art. 1310 du code civil.

FICHE 11 : LES NORMES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE

La Constitution du **4 octobre 1958** est la norme suprême qui fixe les règles régissant la dévolution et l'exercice du pouvoir en France. Elle se situe au sommet de la hiérarchie des normes.

Jusqu'en 1971, elle est la seule norme de référence dont le Conseil constitutionnel se sert pour exercer son contrôle de constitutionnalité. Puis, à compter de 1971, une évolution apparaît et la conception de la Constitution s'en trouve élargie à d'autres normes qui étaient visées dans le préambule de la Constitution (I). Il faut également ajouter, parmi ces normes à valeur constitutionnelle, certains principes et objectifs à valeur constitutionnelle, dégagés directement par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence, ainsi que la Charte de l'environnement et les lois organiques (II).

Ces différentes normes à valeur constitutionnelle sont communément regroupées sous l'appellation « **bloc de constitutionnalité** » (L. Favoreu).

I. L'INCLUSION DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1958 PARMIS LES NORMES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du **16 juillet 1971 relative à la Liberté d'association**, adopte une conception élargie de la Constitution. En débutant sa décision par l'expression : « **Vu la Constitution et notamment son préambule** », le Conseil constitutionnel confère valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958.

Or, ce préambule de la Constitution de 1958, ainsi rédigé, renvoie lui-même à plusieurs textes :

« Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique ».

On déduit ainsi de ce préambule la valeur constitutionnelle de trois textes : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (A), le préambule de la Constitution de 1946 (B) et la Charte de l'environnement, ajoutée en 2004 (C).

A. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Le préambule de 1958 renvoie d'abord à la « Déclaration de 1789 », visant ainsi la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789**.

Ce texte bien connu énonce toute une série de droits et libertés fondamentales de l'homme. Ainsi, le célèbre art. 1^{er} pose le principe d'égalité en énonçant que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », l'art. 2 proclame quatre droits « naturels et imprescriptibles » de l'homme : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. L'art. 3 attribue la souveraineté à la Nation. L'art. 6, directement inspiré de l'œuvre du philosophe Jean-Jacques Rousseau dispose que « La loi étant l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par représentation, à sa formation ; elle doit être la même pour tous ». L'art. 16, inspiré de Montesquieu, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

B. Le préambule de la Constitution de 1946

Le préambule de 1958 renvoie ensuite au « préambule de la Constitution de 1946 ». Ce préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 énonce lui-même deux séries de principes, hissés au rang des normes à valeur constitutionnelle : les principes particulièrement nécessaires à notre temps et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Les premiers sont fondés sur les alinéas 3 à 18 du préambule qui énumèrent **les principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps »**. Ils s'agit principalement des droits des travailleurs et des droits sociaux : le droit au travail et à l'emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, la nationalisation des monopoles de fait ou des services publics nationaux, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le principe d'égalité entre les sexes, le repos et les loisirs, notamment pour l'enfant, la mère et les personnes âgées, l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture.

Les seconds sont issus de l'alinéa 1^{er} du préambule de 1946 qui « réaffirme solennellement (...) **les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** ». A partir de cette expression, le Conseil Constitutionnel a dégagé de nombreux PFRLR : la liberté d'association, les droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, l'indépendance de la juridiction administrative, l'indépendance des professeurs d'université, le monopole de la juridiction administrative pour le recours pour excès de pouvoir, l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière, l'existence d'une justice pénale des mineurs, etc.

En consacrant des textes qui n'étaient à l'origine que déclaratoires, le Conseil constitutionnel s'est ainsi érigé en véritable **gardien des droits et libertés des citoyens et en garant de l'État de droit**. Il a en effet substantiellement accru l'étendue de son contrôle de constitutionnalité : au lieu de limiter son

contrôle de constitutionnalité des lois au seul texte de la Constitution de 1958, il exerce aujourd'hui un examen de constitutionnalité en référence à une multitude de droits et libertés.

C. La Charte de l'environnement

Une **loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005** a modifié le préambule de la Constitution de 1958 afin d'y citer une Charte de l'environnement qui fait ainsi désormais partie, elle aussi, du bloc de constitutionnalité. La charte reprend un certain nombre de droits et de principes dits de « 3^e génération » déjà consacrés dans des textes à valeur législative ou le plus souvent dans des textes internationaux.

Elle contient 10 articles :

Art. 1^{er}. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Art. 2. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Art. 3. - Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Art. 4. - Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Art. 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Art. 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Art. 7. - Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Art. 8. - L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Art. 9. - La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Art. 10. - La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

La Charte de l'environnement consacre ainsi un **nouveau droit individuel, le droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé** (article 1^{er}).

Une innovation juridique réside également dans la **notion de devoir préserver l'environnement** (articles 2 à 4 : devoir pour toutes personnes, articles 5, 6 et 10 relatifs aux autorités publiques, articles 8 et 9 pour les secteurs concernés tels que l'éducation et la recherche). Ce n'est pas la première fois que la notion de devoir apparaît dans une constitution (la constitution de 1946 mentionne le devoir de travailler), mais c'est la première fois que le devoir peut prendre une valeur normative. Cela a été critiqué, notamment par les défenseurs de la conception de droit subjectif, pour qui le seul devoir du citoyen est de respecter les droits d'autrui.

La Charte porte au niveau constitutionnel d'**autres principes**, qui existaient déjà au niveau législatif, mais qui acquièrent ainsi une plus grande force. Par exemple, la responsabilité écologique, qui englobe, en lui donnant une portée plus large, le principe « pollueur-payeur » qui n'est pas expressément reconnu dans la charte à la différence du Traité CE.

Enfin, la Charte définit le **principe de précaution**. Un soin particulier a été apporté à sa rédaction, afin d'écartier tous les abus d'interprétation qui en ont été faits dans le passé. Le libellé de l'article 5 de la Charte est ainsi différent de la rédaction traditionnelle du principe de précaution, telle qu'on la trouve dans la déclaration du Sommet de Rio ou dans le Code de l'environnement français.

Pour aller plus loin

Fiche thématique « Quels sont les principes consacrés par la Charte de l'environnement de 2004 ? » :

<https://www.vie-publique.fr/fiches/19567-charte-de-lenvironnement-principes-droits-et-devoirs>

II. LA DECOUVERTE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DES PRINCIPES ET OBJECTIFS À VALEUR CONSTITUTIONNELLE

Les normes à valeur constitutionnelle ont été également élargies par la découverte, par le Conseil constitutionnel lui-même, de principes (A) et d'objectifs (B) à valeur constitutionnelle.

A. Les principes à valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a d'abord dégagé des principes à valeur constitutionnelle. Il s'agit de principes qui sont dégagés par le Conseil constitutionnel, sans référence à aucun texte écrit. Il s'agit donc d'une pure création jurisprudentielle.

Ce travail créateur du Conseil constitutionnel a ainsi largement renforcé son rôle de gardien de la Constitution, en lui fournissant des normes de référence nouvelles. On peut citer, à titre d'illustration :

- le principe de continuité de l'État et du service public
- le droit d'accès aux documents d'archives publiques
- le principe de publicité des audiences devant les juridictions civiles et administratives et le principe de publicité des débats et du prononcé du jugement
- le droit au respect de la vie privée
- le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine
- la liberté d'entreprendre
- le principe de fraternité, etc.

B. Les objectifs à valeur constitutionnelle

La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle est apparue dans la **décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle**, dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme : « *il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec [...] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* ».

Observons toutefois que seul un faible nombre de déclarations de non-conformité à la Constitution ont été fondées sur ces objectifs. L'un d'entre eux fait cependant l'objet de nombreux contentieux depuis quelques années : **l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi** dégagé en 1999 (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes), puis précisé en 2006 (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information). **L'accessibilité** se rapporte à la possibilité de trouver physiquement le droit applicable ; **l'intelligibilité** renvoie à la lisibilité du texte et à l'adoption de dispositions suffisamment claires et non équivoques pour assurer la bonne compréhension de la loi.

Au nombre des objectifs à valeur constitutionnelle, figurent également :

- la sauvegarde de l'ordre public
- la protection de la santé publique
- la lutte contre la fraude fiscale
- la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent
- l'équilibre financier de la sécurité sociale
- la bonne administration de la justice
- l'égalité entre les collectivités territoriales
- l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives
- la protection de l'environnement (Décision n° 2019-823 QPC, Union des industries de la protection des plantes, 31 janvier 2020).

En conclusion, l'activité du Conseil Constitutionnel s'est ainsi largement accrue : il ne se contente plus de contrôler la conformité des lois à la seule Constitution de 1958 mais à l'ensemble des composantes du bloc de constitutionnalité. Et puisqu'il est seul « découvreur » des principes et objectifs qu'il hisse au niveau constitutionnel, le Conseil constitutionnel a progressivement pénétré différentes branches du droit privé ; ce que certains auteurs ont appelé la « **constitutionnalisation** » du droit privé.

FICHE 12 : LES TRAITÉS ET ACCORDS INTERNATIONAUX

Les traités internationaux sont des accords entre plusieurs États qui créent des règles juridiques. Ils peuvent créer des règles applicables dans le seul **ordre international** ; c'est le cas par exemple de la Convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980. Ils peuvent également créer des règles applicables non seulement dans l'ordre international mais aussi dans l'**ordre interne**, c'est-à-dire applicable à l'intérieur de l'État signataire.

L'application du traité peut avoir une intensité plus ou moins forte ; elle peut en effet être :

- **Immédiate ou non immédiate :**

L'application d'un traité est immédiate lorsqu'elle ne requiert aucune modalité de transposition pour s'appliquer dans l'ordre interne de l'État signataire. Au contraire, elle n'est pas immédiate lorsqu'elle requiert un mode de transposition, comme une loi ou un décret de transposition.

- **Directe ou indirecte :**

Un traité n'est pas d'application directe lorsqu'il ne crée des obligations qu'à la charge des États qui l'ont signé ; un particulier ne pourra pas être lié par ces obligations mais ne pourra pas non plus s'en prévaloir devant les juridictions. Un traité est, au contraire, d'application directe lorsqu'il crée des droits et des obligations au profit des particuliers, dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions, que ce soit à l'encontre d'un autre particulier (effet direct horizontal), ou d'un État (effet direct vertical).

Exemple : La Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990

La Cour de cassation a d'abord jugé que la Convention de New-York ne pouvait pas être invoquée devant les tribunaux (application indirecte) car elle ne créait pas de droits au profit des particuliers mais seulement des obligations à charge des États signataires (Civ. 1, 10 mars 1993). Elle a ensuite opéré un revirement de jurisprudence en jugeant que la Convention de New-York était « *d'application directe devant la juridiction française* » (Civ. 1, 14 juin 2005).

Deux séries de traités internationaux méritent des développements particuliers tant ils ont pris une part importante en droit français : le droit de l'Union européenne (I) et le droit européen (II).

I. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

L'Union européenne réunit aujourd'hui 27 États membres. Le droit de l'Union européenne est celui qui est issu des différents traités (A) ayant créé diverses institutions (B) ; il se compose d'un droit primaire et d'un droit dérivé (C).

A. Les Traités de l'UE

Plusieurs traités ont successivement été adoptés, qui ont contribué à la création d'une union économique et monétaire, une libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux, une protection de la liberté de la concurrence et une harmonisation des politiques économiques :

- Le **Traité de Rome** signé le 25 mars 1957 a institué la Communauté économique européenne.
- L'**Acte unique européen**, signé le 17 février 1986, a fixé l'objectif de la disparition des frontières entre les États signataires.
- Le **Traité de Maastricht**, du 7 février 1992, a institué l'Union européenne (UE) et a créé l'Union économique et monétaire avec pour monnaie unique l'euro qui remplace les monnaies nationales depuis le 1^{er} janvier 2002.
- Le **Traité d'Amsterdam**, signé le 2 octobre 1997, comporte d'importants transferts de compétences au profit de l'UE.
- Le **Traité de Nice**, du 21 février 2001, rééquilibre le poids des États au sein des instances décisionnelles de l'UE et a été l'occasion de proclamer la Charte des droits fondamentaux.
- Le **Traité instituant une constitution européenne**, signé le 29 octobre 2004, visait à substituer un texte unique à l'ensemble des traités existants.

Il a été rejeté (par référendum) en France le 29 mai 2005 et aux Pays-Bas le 1^{er} juin 2005. Ce rejet trouve, en partie, sa source dans un repli souverainiste du peuple français sans doute insuffisamment préparé à l'idée de conférer à la construction communautaire les symboles les plus visibles de souveraineté – une « Constitution », un hymne, un drapeau, une devise, un « ministre des affaires étrangères », une Charte des droits fondamentaux, etc.

- Le **Traité de Lisbonne** modifie le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.

Signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, il n'octroie pas de nouvelles compétences exclusives à l'Union (qui, dotée de la personnalité juridique, remplace désormais les deux communautés existantes), mais de nouvelles compétences partagées sont consacrées (espace, énergie), ainsi que de nouvelles compétences d'appui (protection civile, propriété intellectuelle, coopération administrative).

Ce traité prend acte de la volonté du peuple français de ne pas engager l'Union européenne sur la voie de la transformation en un État fédéral. Modestement intitulé « traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité sur la Communauté européenne », il ne fait plus référence à aucun des symboles de la souveraineté. La Charte des droits fondamentaux ne fait plus l'objet que d'une annexe à laquelle renvoie le texte principal. Quant aux « lois » et « lois cadres », qui devaient remplacer les règlements et directives, elles sont abandonnées au profit du maintien de la distinction actuelle. Dans le même esprit, la supériorité du droit de l'Union européenne sur le droit interne n'est pas inscrite dans le traité (mais dans une annexe). Il instaure le Traité sur l'Union européenne qui détermine les grands principes de la construction européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui en fixe les règles de fonctionnement.

B. Les institutions de l'UE

Ces traités ont créé des institutions en vue de la réalisation de leurs objectifs :

- Le **Conseil de l'Union européenne** est l'organe politique qui réunit les délégués des gouvernements des États membres de l'UE. Il représente les intérêts des États et partage avec le Parlement le **pouvoir normatif** en adoptant la législation de l'Union.
- La **Commission européenne** représente et défend l'intérêt général européen. Elle élabore les propositions de normes européennes qu'elle soumet au Parlement et au Conseil. En tant qu'**organe exécutif** de l'UE, elle est responsable de la mise en œuvre des décisions du Parlement et du Conseil.
- Le **Parlement européen** exerce le **pouvoir législatif**, partagé avec le Conseil. Il est élu par les citoyens européens.
- La **Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE, ancienne CJCE), dont le siège est à Luxembourg, est la juridiction – **pouvoir judiciaire** – qui veille au respect du droit de l'Union. Elle a pour mission essentielle d'examiner la légalité des actes de l'Union

européenne et d'assurer une interprétation et une application uniformes du droit de l'union.

C. Droit primaire et droit dérivé

On distingue le droit primaire (ou originaire) et le droit dérivé. Le **droit primaire** comprend les traités constitutifs, les protocoles et déclarations annexés, les traités et actes modificatifs, ainsi que les traités d'adhésion des nouveaux États membres. Le **droit dérivé** désigne les actes pris par les institutions de l'Union : règlements, directives, décisions, recommandations et avis, à titre principal.

Le règlement est le principal instrument de législation de l'Union. Il a une **portée générale** (au sens où il ne s'adresse pas à des destinataires limités mais à des catégories envisagées dans leur ensemble) ; il est **obligatoire** dans tous ses éléments (il ne s'agit pas d'une simple obligation de résultat et toute application partielle est exclue) ; il est **directement applicable** dans tous les États membres (il produit ses effets dans l'ordre juridique interne des États membres sans nécessité de transposition).

La directive lie les États membres quant aux résultats à atteindre, tout en leur laissant le choix quant à la forme et aux moyens d'y parvenir. Les États membres ont une obligation de transposition de la directive dans leur droit national, qui peut être faite soit par une loi soit par un décret de transposition (en fonction du domaine de la directive, et en application des articles 34 et 37 de la Constitution). La liberté quant à la forme et aux moyens est toutefois limitée par le délai de transposition fixé par la directive et l'exigence de loyauté consistant pour les États membres à « *s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat* » pendant ce délai. La portée d'une directive non transposée doit alors être précisée. A défaut de transposition dans les délais prescrits, un particulier ne peut pas invoquer une directive devant une juridiction nationale. Mais le juge saisi a l'obligation d'interpréter le droit national, dans toute la mesure du possible, « *à la lumière* » des dispositions de la directive non transposée. Si une telle interprétation est impossible, l'État engage sa responsabilité pour défaut de transposition et devra réparer les dommages qu'il a causés aux particuliers.

II. LE DROIT EUROPÉEN

Le droit européen est fondé, notamment, sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (A) dont le respect est contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Le **Conseil de l'Europe**, créé le **5 mai 1949**, a pour but de réaliser une union d'États afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun.

Il comptait la quasi-totalité des États européens (47, regroupant environ 830 millions de citoyens), notamment les États de l'ancien bloc de l'Est (Russie, Hongrie, Pologne, Bosnie-Herzégovine, etc.), jusqu'à l'exclusion de la Fédération de Russie le 16 mars 2022. Selon l'institution en effet, la guerre lancée par la Russie contre l'Ukraine le 24 février 2022 témoigne du « mépris à l'égard de l'essence même du Conseil de l'Europe ». Il rassemble donc aujourd'hui **46 États membres**.

Le Conseil de l'Europe est l'auteur de plus de 170 conventions relatives aux droits de l'Homme, à l'éducation, aux sciences, etc., dont **trois textes principaux** :

- la Charte sociale européenne entrée en vigueur en 1965 ;
- la convention pour la protection de la dignité humaine à l'égard de la biomédecine adoptée en 1997 à Oviedo ;
- la plus connue, la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), signée à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974.**

La Conv. EDH tend à mettre en place « *un ordre public pour la **protection des êtres humains*** » en reconnaissant à toute personne des droits et libertés civils et politiques dont le respect s'impose aux États :

- le droit à la vie (article 2) ;
- l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (article 3)
- l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4) ;
- le droit à la liberté à la sûreté (article 5) ;
- le droit à un procès équitable (article 6 § 1, l'une des dispositions les plus invoquées) ;
- le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) ;
- la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9)
- la liberté d'expression (article 10) ;
- la liberté de réunion et d'association (article 11) ;
- le droit au mariage (article 12)
- le principe de non-discrimination (article 14) ;
- ...

On dit que la Conv. EDH produit un **effet vertical** qui signifie que les États sont tenus de réparer les violations dont ils sont l'auteur à l'égard des particuliers. Elle produit également un **effet horizontal**, car les particuliers peuvent l'invoquer directement dans leurs relations.

L'expression « **droit européen** » désigne, à titre principal, le droit issu de la Conv. EDH, entendue au sens large, c'est-à-dire incluant l'interprétation que font les juges – européens et internes – de ce texte.

B. La Cour européenne des droits de l'homme

Afin de garantir le respect par les États des droits et libertés fondamentaux, la Conv. EDH a créé une juridiction : la **Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)**, qui siège à Strasbourg. La CEDH est chargée de vérifier le respect par les États des droits et libertés fondamentaux garantis par le texte. Elle peut les condamner à verser des indemnités aux particuliers qui en seraient victimes ; cette indemnité est appelée « satisfaction équitable ».

1- Le fonctionnement de la CEDH

À l'origine, la procédure devant les organes du Conseil de l'Europe était complexe. La requête initiale devait être déposée devant la Commission européenne des droits de l'Homme compétente pour examiner les plaintes et chercher un accord amiable. En l'absence d'un tel accord, l'affaire était traitée soit par la CEDH, soit, si elle n'avait pas été saisie dans les délais, par le Comité des ministres. Si le bilan de la CEDH au cours de cette période a été largement positif, l'augmentation du nombre d'États membres et de celui, corrélatif, des requêtes a rapidement conduit à un engorgement de la Cour qui rendait nécessaire une réforme des modalités de sa saisine.

Avec l'adoption du protocole n°11 le 1^{er} novembre 1998, la Cour européenne est créée. Le Comité des ministres se voit retirer toute compétence juridictionnelle et est cantonné dans un rôle de surveillance de l'exécution des arrêts et la Commission est supprimée. La CEDH comprend plusieurs formations de jugement :

- des « comités » de trois juges chargés d'examiner la recevabilité des requêtes individuelles ;
- des « chambres » de sept juges chargées d'examiner la recevabilité des requêtes présentées par les États et de statuer au fond ;
- une « grande chambre » (dix-sept juges) compétente pour rendre les arrêts les plus importants.

Les juges qui composent la Cour sont en nombre égal à celui des États membres. Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur une liste présentée par les États membres pour une durée de six ans renouvelables.

Cette réforme n'avait toutefois pas réglé le problème de la durée de la procédure, la Cour étant de plus en plus engorgée, avec un stock de 90 000 requêtes et environ 50 000 nouvelles requêtes nouvelles enregistrées chaque année. Les États membres ont donc signé le **13 mai 2004 un nouveau protocole additionnel, le n°14, destiné à réformer la procédure devant la CEDH** afin de diminuer les délais de jugement.

Avec ce protocole :

- un juge unique peut statuer sur la recevabilité des requêtes (contre trois auparavant) ;
- un comité composé de trois juges peut rendre des arrêts au fond dans des espèces ne soulevant pas de difficulté et dont la jurisprudence applicable est bien établie ;
- la recevabilité des requêtes individuelles est subordonnée à l'existence d'un « préjudice important ».

En 2023, le stock d'affaires en attente d'être jugées est retombé à 68 450, en diminution de 8% par rapport à l'année précédente.

2- Les conditions de la saisine de la CEDH

Plusieurs conditions sont attachées aux recours devant la CEDH.

Les recours ne peuvent être intentés qu'en cas de **méconnaissance par un État membre des droits fondamentaux** protégés par la convention, et uniquement après **épuisement des voies de recours internes** ; autrement dit en principe à l'issue d'un arrêt de la Cour de cassation ou d'une décision du Conseil d'Etat pour ce qui concerne la France. Mais la CEDH apprécie assez soupagement l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. Elle admet ainsi les requêtes fondées sur la durée excessive de la procédure contentieuse, alors même que la procédure interne n'est pas achevée : le seul fait que les délais raisonnables de jugement soient déjà dépassés suffit à rendre la requête recevable (CEDH 31 mars 1992, *X. c. France*). Par ailleurs, elle peut dispenser le requérant d'exercer un recours interne si son issue est, en raison d'une jurisprudence constante, certaine (CEDH 21 décembre 1999, *Demirtepe*). En outre, les requêtes ne doivent **pas être manifestement mal fondées ou abusives** et le **requérant** doit être **personnellement et directement victime** de la violation qu'il allègue.

Les recours peuvent être intentés par :

- tout État signataire de la Convention constatant un manquement à la Convention imputable à un autre Etat signataire ;
- toute personne physique, organisation non gouvernementale ou groupe de particuliers qui s'estime victime de la méconnaissance, par l'un des États membres, de la Convention.

Il faut également respecter le **délai de recours**. En 2022, le délai de recours a été réduit, de six mois à **quatre mois** à compter de la décision devenue définitive. Une fois le recours déclaré recevable, la Cour cherche une solution amiable. En cas d'échec, ce qui est relativement fréquent, la Cour statue au terme d'une procédure publique et contradictoire, à la majorité des juges présents.

3- La portée des arrêts de la CEDH

a. La théorie des obligations positives

Les arrêts de la Cour ne sont **pas exécutoires** ; en revanche, ils sont **obligatoires**. La Cour a précisé, par la décision *Marckx* du 13 juin 1979, que ses arrêts ont un caractère « **déclaratoire** », c'est-à-dire qu'ils déclarent qu'il y a eu violation des droits, sans pour autant abroger la norme ou annuler l'arrêt qui en est à l'origine. Initialement, il n'y avait donc **pas de réouverture du procès** devant les juridictions internes, même après condamnation de la France pour violation de la Conv.EDH. Le requérant devait se contenter de la seule satisfaction équitable (des dommages et intérêts) qui lui était allouée.

Pour pallier la relativité de la portée de ses décisions, la Cour a toutefois forgé une théorie, dite des « **obligations positives** », en vertu de laquelle elle impose une évolution de la législation des États afin de faire respecter les droits de l'homme, « *au besoin jusque dans les relations interindividuelles* » (CEDH 21 juin 1988, *Ärtze für das Leben*).

Ainsi, la portée des arrêts de la CEDH est relativement importante puisqu'ils incitent tant le législateur à modifier sa législation que les juges internes à modifier leur jurisprudence, sous peine sinon de multiplier les condamnations. A ce titre, la France est plutôt « bonne élève » et tire quasiment à chaque fois les conséquences d'une condamnation. On peut citer plusieurs exemples d'évolution du droit français, à la suite d'une condamnation de la France par la CEDH :

- Abandon de l'inégalité successorale entre enfant légitime et enfant adultérin (modification des art. 760, 908, 915 du code civil par la loi du 3 décembre 2001 après CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*) ;
- Consécration du droit pour les personnes transsexuelles de modifier la mention de leur genre à l'état civil (Ass. Pl., 11 décembre 1992 après CEDH, 25 mars 1992, *B. contre France*) ;
- Consécration du droit pour l'enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui (pourtant interdite en France) de faire établir, en France, son lien de filiation avec son parent biologique (Ass. Pl. 3 juillet 2015 après CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson et Labassée contre France*).

- Introduction en droit français par la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 d'un recours permettant aux détenus de saisir le juge judiciaire lorsqu'ils estiment que les conditions d'incarcération sont contraires au respect de leur dignité. Cette évolution du droit français fait suite à une décision du 30 janvier 2020 dans laquelle la CEDH a condamné la France en raison des conditions de détention indignes des prisonniers. Dans cette décision, elle avait imposé à la France de prendre trois mesures : supprimer le surpeuplement carcéral, améliorer les conditions de détention et établir un recours préventif.

b. Le réexamen de l'affaire en interne

Une procédure de réexamen de l'affaire en interne a progressivement été mise en place, d'abord en matière pénale puis en matière civile, en droit des personnes.

En matière pénale :

En matière pénale, c'est la **loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes** (codifiée aux art. 622-1 et s. du code de procédure pénale) qui a organisé le **réexamen de l'affaire en interne** après une condamnation de la France par la CEDH.

En matière civile :

La **loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle**, a créé une **procédure de réexamen en matière civile**, dans le domaine de **l'état des personnes** (codifiée aux art L. 452-1 s. du code de l'organisation judiciaire). La requête est adressée à la Cour de réexamen par l'intéressé, laquelle est composée de treize magistrats issus de chacune des chambres de la Cour de cassation.

Les mêmes conditions qu'en matière pénale sont imposées, à savoir :

- la CEDH doit avoir reconnu que la décision rendue par les juridictions internes a été prononcée en violation de la Convention européenne ;
- la violation des droits et libertés, par sa nature et sa gravité, doit entraîner des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée par la CEDH ne peut mettre fin. Autrement dit, la violation constatée par la juridiction européenne doit être d'une gravité suffisante pour justifier un réexamen ;
- la demande de réexamen doit être formulée dans un délai d'un an à compter de la décision rendue par la Cour européenne.

Le président de la Cour de réexamen peut rejeter la demande par ordonnance motivée, non susceptible de recours, lorsque celle-ci est manifestement irrecevable. Si elle est fondée, la Cour

annule la décision et renvoie le requérant devant une juridiction de même degré, autre que celle qui a rendu la décision annulée. Toutefois, la loi prévoit que si le réexamen du pourvoi du requérant est de nature à remédier à la violation constatée par la CEDH, elle renvoie le requérant devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

La **Cour de réexamen** a rendu ses **deux premiers arrêts en 2018**, dans des affaires concernant la **gestation pour autrui** (Cour de réexamen, 16 février 2018, n° 001 et 002). L'introduction d'une telle procédure permettant le réexamen en interne de l'affaire portée devant la CEDH ajoute un maillon supplémentaire dans le parcours judiciaire, déjà long et complexe. Bien sûr, il permet d'accroître la qualité de la justice et de tendre vers un idéal judiciaire, en tirant – de manière concrète – la conséquence, en interne, de la condamnation européenne, au-delà d'une seule allocation de dommages et intérêts. Mais force est de constater que le parcours judiciaire devient un véritable « millefeuille » de recours possibles.

La saga judiciaire de la gestation pour autrui

La gestation pour autrui a donné lieu à une véritable « saga » judiciaire depuis une trentaine d'années. Voici un exposé, présenté par ordre chronologique, des principales étapes de la construction du droit positif actuel qui témoigne du bouleversement actuel des sources du droit, par la multiplication des instances et juridictions susceptibles d'intervenir sur une même question.

1/ L'interdiction de la gestation pour autrui par le droit français

Dans un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991 (Bull. Ass. plén. n° 4), la Cour de cassation a jugé, sur le fondement du principe de l'indisponibilité du corps humain, que la gestation pour autrui était illégale. S'agissant d'un contrat conclu entre un couple et une jeune femme, l'illégalité de la GPA conduit à la nullité du contrat, c'est-à-dire son anéantissement rétroactif (y compris pour le passé).

Faisant suite à cette jurisprudence, la législateur, par la loi bioéthique de 1994, a consacré cette solution à l'article 16-7 du code civil qui dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

La GPA est donc interdite en France. Mais qu'en est-il de la GPA conclue à l'étranger, dans un pays où elle est admise ? Faut-il reconnaître les droits de l'enfant, à son retour en France ?

2/ L'injonction par la CEDH d'établir en France la filiation biologique de l'enfant

Dans un premier temps, tirant les conséquences de l'interdiction de la GPA en France, la Cour de cassation a refusé la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants dressés à l'étranger (Civ. 1, 6 avril 2011, deux arrêts, Bull. Civ. I n° 71 et 72).

La Cour européenne a condamné cette jurisprudence, sur le fondement du droit des enfants au respect de leur vie privée et familiale, et a considéré que la filiation biologique de l'enfant devait être reconnue par le droit français (CEDH, *Menesson et Labassée c/ France*, 26 juin 2014). Tirant les conséquences de cette condamnation européenne, la Cour de cassation a alors consacré la solution en droit interne, et jugé que l'existence d'une GPA ne faisait pas obstacle à la transcription à l'état civil français de la filiation biologique de l'enfant, pourvu que son acte de naissance ne soit ni irrégulier ni falsifié (Ass. plén., 3 juillet 2015, Bull. Ass. plén. n° 4).

Puis, la Cour de cassation est allée plus loin et a autorisé l'adoption, par l'époux du parent biologique, de l'enfant né d'une gestation pour autrui, afin d'établir une filiation adoptive avec le parent non biologique (Civ.1, 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-16.455).

3/ La première saisine de la Cour de réexamen en matière civile

Parallèlement à cette évolution de jurisprudence, deux affaires ont donné lieu, pour la première fois, à la saisine de la Cour de réexamen en 2018. Il s'agissait d'affaires dans lesquelles la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres de l'état civil n'avait pas été accordée et la Cour européenne, alors saisie, avait admis une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée et familiale. Jugeant que, par leur nature et leur gravité, les violations constatées entraînaient pour les enfants des conséquences dommageables, auxquelles la satisfaction équitable accordée par la Cour européenne n'avait pas mis un terme, la toute nouvelle Cour de réexamen a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation et dit que la procédure se poursuivra devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cour de réexamen, 16 février 2018, n° 001 et 002). Et là... nouveau rebondissement !

4/ La première demande d'avis consultatif soumise à la CEDH

L'Assemblée Plénière, au lieu de juger l'affaire au fond, surseoit à statuer et adresse à la CEDH la première demande d'avis consultatif, possible depuis l'adoption du protocole additionnel n° 16 entré en vigueur le 1er août 2018 (Ass. Pl., 5 octobre 2018, n°10-19.053).

La CEDH a répondu dans un avis du 10 avril 2019, par lequel elle a rappelé que si les filiations des enfants nés de GPA doivent effectivement être établies malgré l'interdiction du procédé en droit

français (art. 16-7 du code civil), au nom du droit d'accès à ses origines, les filiations biologiques et non biologiques n'ont pas nécessairement à être établies de la même manière. La jurisprudence française pouvait donc permettre l'établissement direct de la filiation biologique à la naissance de l'enfant et imposer au conjoint du parent biologique de passer par la voie de l'adoption pour établir la sienne, dès lors qu'il s'agit d'une filiation non biologique, comme elle l'avait imposé en 2017.

4/ La Cour de cassation, plus progressiste que la CEDH, finalement désavouée par le législateur français

Pourtant, malgré la validation européenne de la jurisprudence interne, la Cour de cassation n'a cessé de faire évoluer sa jurisprudence, vers une reconnaissance quasi complète des deux filiations des enfants nés de GPA, au point qu'il n'existait plus de différence ou presque par rapport aux autres enfants. Ainsi, elle a admis l'établissement automatique de la filiation non biologique de l'enfant, sans passer par la voie de l'adoption, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant (Civ. 1, 18 novembre 2020, n° 19-50.043 ; Civ. 1, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et 18-12.327).

Le législateur français a toutefois brisé cette solution par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Désormais, l'art. 47 du code civil précise que la validité des actes de l'état civil dressés à l'étranger « *est appréciée au regard de la loi française* ». La filiation du parent non biologique doit donc à nouveau être établie par la voie de l'adoption, solution moins favorable à l'enfant et qui impose aux parents de passer par la voie de l'adoption, mais qui reste conforme à la jurisprudence européenne.

5/ La Cour de cassation tient tête au législateur

Par deux arrêts rendus en 2024, la Cour de cassation rappelle qu'il existe une autre voie de droit, à la disposition des familles d'enfants nés par GPA, pour établir les liens de filiation de celui-ci, hors transcription directe des actes d'état civil étrangers sur les registres français et adoption : il y a la voie de l'exequatur (Cass. Civ. 1, 2 octobre 2024, n° 22-20.883 et 23-50.002). L'exequatur est une procédure judiciaire qui peut conduire la France à reconnaître et exécuter une décision de justice étrangère, après que le juge français a procédé à un certain nombre de vérifications. Si les parents d'intention obtiennent un tel jugement dans le pays où la GPA a eu lieu, il est possible que ce jugement produise ses effets en France, et donc que les filiations de l'enfant soient établies par cette voie.

Dans un arrêt suivant, elle a précisé que cette solution s'appliquait également à l'hypothèse dans laquelle une personne s'engage seule dans le projet de GPA, même si elle n'a aucun lien biologique avec l'enfant (Cass. Civ. 1, novembre 2024, n°23-50.016).

FICHE 13 : LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Le juriste autrichien **Hans Kelsen** (1881-1973) est à l'origine de la théorie de la **hiérarchie des normes**. S'appuyant sur les fondements du **positivisme juridique**, son œuvre principale, *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*), parue au début du XX^e siècle, énonce que l'ensemble des normes de droit composant un ordre juridique forme un tout structuré et hiérarchisé, chaque norme devant nécessairement respecter celle qui lui est supérieure.

Les normes internes peuvent donc être ordonnées à l'intérieur d'une pyramide, avec au sommet la norme la plus importante et, à la base, les normes les moins fortes (I). Les traités et accords internationaux s'étant développés, la question s'est posée de déterminer leur place au sein de la hiérarchie des normes (II).

I. LA HIÉRARCHIE DES NORMES INTERNES

La hiérarchie des normes internes doit être présentée (A), avant de s'interroger sur la place qu'y occupe la jurisprudence (B).

A. Présentation de la hiérarchie des normes internes

Au sommet de la « pyramide » existe une norme fondamentale, la *Grundnorm*, qui, contrairement aux autres, n'est pas « fondée », c'est-à-dire ne repose sur aucune autre norme qui lui serait supérieure. Kelsen se contente d'en constater l'existence, tout autant que la nécessité, sans chercher dans les doctrines du droit naturel, du droit religieux ou de la sociologie juridique, des justifications de cette norme suprême. Cette construction théorique a connu une **destinée remarquable** : elle est aujourd'hui au fondement de la plupart des systèmes juridiques. Elle a notamment servi de fondement à la « révolution juridique » opérée par la Constitution du 4 octobre 1958 qui a introduit un contrôle de constitutionnalité de la loi.

La Constitution se situe donc au **sommet de la hiérarchie**. Plus précisément, on trouve dans un premier échelon, le plus élevé, l'ensemble des normes à valeur constitutionnelle. En font partie les différentes normes du **bloc de constitutionnalité** (déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes particulièrement nécessaires à notre temps, objectifs et principes à valeur constitutionnelle, charte de l'environnement...). Juste en dessous se situent les **lois organiques** qui appartiennent au bloc de constitutionnalité mais qui n'ont pas pour autant valeur constitutionnelle. En revanche, les lois ordinaires doivent les respecter. Vient ensuite l'étage législatif, avec les **lois ordinaires**, puis les **ordonnances** dont la valeur législative n'est acquise qu'à compter de leur ratification par le Parlement. En-dessous, on trouve les **règlements**, avec une hiérarchie interne puisque les **décrets** priment les **arrêtés**. En outre, il existe une hiérarchie selon

les décrets : les décrets en conseil des ministres et les décrets en Conseil d'État priment les décrets simples. Enfin, le plus bas échelon de la pyramide est formé de **divers actes administratifs** ministériels, préfectoraux, municipaux.

Mais quelle est la place de la **jurisprudence** dans cette hiérarchie des normes internes ?

B. La place de la jurisprudence

En principe, la jurisprudence n'est pas une source du droit. Ne constituant pas une norme créatrice de droit, elle ne devrait pas avoir de place dans la hiérarchie des normes. On sait toutefois que la jurisprudence a gagné en autorité ces dernières années et que certains auteurs réfutent l'idée qu'elle ne soit pas créatrice de droit. Dans cette optique, la jurisprudence devrait donc être intégrée à la hiérarchie des normes. La question de sa place se pose donc. En tant que source du droit contestée, elle ne peut se situer qu'en bas de la hiérarchie. En outre, le législateur peut toujours combattre la jurisprudence qu'il désapprouve (1), même si progressivement, la jurisprudence a gagné en autorité par rapport à la loi (2).

1- La jurisprudence combattue par la loi

Si l'on reconnaît que la jurisprudence est une source de droit, elle ne peut se situer qu'en dessous de la loi. Le législateur a en effet toute liberté pour combattre une jurisprudence qu'il n'approuverait pas, en adoptant une loi contraire. Il l'a fait par exemple dans l'affaire « **Perruche** » initiée par l'**arrêt du 17 novembre 2000** par lequel l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation avait jugé que le médecin qui ne détecte pas le handicap de l'enfant lors du suivi de la grossesse de sa mère, doit réparer non seulement le préjudice de celle-ci mais également celui de l'enfant d'être né. La **loi du 4 mars 2002** a combattu cette solution en intégrant un nouvel article L. 114-5 au code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance (...)* ». Le texte organise un système de solidarité nationale pour l'indemnisation des enfants nés dans ces circonstances.

En matière de **gestation pour autrui**, le législateur a également brisé la jurisprudence française. Alors que la Cour de cassation avait admis – outre l'établissement de la filiation biologique de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger – l'établissement direct de la filiation non biologique sans passer par la voie de l'adoption (Civ. 1, 18 novembre 2020, n° 19-50.043 ; Civ. 1, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et 18-12.327), le législateur français a brisé cette solution par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. L'art. 47 du code civil précise désormais que la validité des actes de l'état civil dressés à l'étranger « *est appréciée au regard de la loi française* ». La filiation du parent non biologique ne peut donc pas être établie directement puisqu'en droit français la gestation pour autrui est illicite (art.16-7 du code civil) ; elle ne peut l'être que par la voie de l'adoption.

La jurisprudence incite d'ailleurs parfois le législateur à légiférer, par des **arrêts** dits « **provocateurs** ». C'est le cas de l'arrêt Desmares rendu le 21 juillet 1982 par lequel la deuxième chambre civile a jugé que la faute de la victime, qui ne présentait pas les caractères de la force majeure (extérieure, imprévisible et irrésistible) ne pouvait pas exonérer le gardien de sa responsabilité du fait des choses. Cette solution incita le législateur à réagir, s'agissant des accidents de la circulation automobile, avec l'adoption de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation. À la suite de l'adoption de cette loi, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence (preuve qu'il ne s'agissait que d'une provocation...) en admettant l'exonération partielle du gardien d'une chose en cas de faute de la victime (Civ. 2, 6 avril 1987). C'est sans doute également le cas de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire du meurtre antisémite de Sarah Halimi (Crim., 14 avril 2021), dans lequel elle a admis l'irresponsabilité pénale du meurtrier, en raison de la bouffée délirante causée par la consommation de cannabis qui l'a privé de discernement au moment du meurtre. La Cour de cassation a rappelé que la loi pénale (art. 122-1 du code pénal) ne distinguant pas selon l'origine de la folie, il n'y avait pas lieu à distinguer. L'arrêt ne fait pas l'unanimité en doctrine, et a même pu choquer l'opinion publique, de sorte qu'un débat devrait s'ensuivre sur l'opportunité de changer la loi.

La jurisprudence parvient parfois toutefois aujourd'hui à concurrencer la loi.

2- La loi concurrencée par la jurisprudence

Certaines évolutions récentes de notre droit ont renforcé l'autorité de la jurisprudence, dont on peut aujourd'hui se demander si sa place n'a pas changé, et si, en particulier, elle n'est pas devenue « *supérieure à la loi* » (Ph. Malaurie, la révolution des sources, PA, 25 juillet 2006, n° 147). Trois phénomènes, entre autres, alimentent ce débat.

a) Le contrôle de conventionnalité des lois

Depuis les arrêts Jacques Vabre du 24 mai 1975 rendu par la Cour de cassation et Nicolo du 20 octobre 1989 rendu par le Conseil d'État, les juges ordinaires sont chargés d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois, c'est-à-dire vérifier la conformité d'une loi aux traités internationaux. Si le juge constate une contrariété, il écarte l'application de la loi dans le litige qui lui est soumis, au profit de celle du traité. La jurisprudence n'est dorénavant subordonnée à la loi qu'autant que cette loi est respectueuse des traités. Or, la multiplication des traités est autant d'occasions pour les juges d'écarter des lois nationales jugées contraires à ceux-ci. Le juge dispose ainsi d'un outil de contrôle de l'application des lois qui renforce considérablement sa position.

Exemple : Dans l'affaire Perruche mentionnée ci-dessus, la Cour de cassation, opérant un contrôle de conventionnalité, a jugé que la loi anti-Perruche était contraire à la Conv. EDH en ce que le législateur

avait prévu qu'elle devait s'appliquer immédiatement aux instances en cours (Civ. 1, 24 janvier 2006, 3 arrêts). La Cour de cassation a été suivie par le Conseil d'État peu de temps après.

b) La question prioritaire de constitutionnalité

L'article 61-1 de la Constitution, issu de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, crée une nouvelle voie de droit pour le justiciable en lui permettant de poser au Conseil Constitutionnel une question de constitutionnalité. La procédure prévoit cependant une double appréciation du bien-fondé de la question opérée par les juges du fond qui sont saisis du litige d'abord, puis par le Conseil d'État ou la Cour de cassation selon le litige. Autrement dit, les juges ordinaires sont investis d'un « embryon » de contrôle de constitutionnalité dans les hypothèses où la contrariété d'une loi à la Constitution n'est pas sérieuse. C'est là tout de même un pouvoir supplémentaire non négligeable accordé au juge ordinaire.

c) Le revirement pour l'avenir

Le revirement pour l'avenir est la solution recommandée par une partie de la doctrine (V. rapport N. Molfessis) en matière d'application dans le temps des revirements de jurisprudence et qui conteste la rétroactivité systématique de la jurisprudence. Cette méthode permet au juge d'énoncer une solution qu'il n'appliquera pourtant pas au litige pour lequel il est saisi, mais seulement à des faits postérieurs à celui-ci, lors de litiges futurs. La solution ne revient-elle pas à admettre qu'un juge puisse rendre une décision générale et impersonnelle pourtant interdite par l'article 5 du code civil ? Le revirement pour l'avenir participe ainsi au renforcement des pouvoirs du juge, et sa place dans la hiérarchie en est profondément modifiée.

La place qu'occupent les traités dans cette hiérarchie est également discutée.

II. LA PLACE DES TRAITÉS DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES

La Constitution prime en principe les traités internationaux (A), mais ceux-ci sont supérieurs aux lois internes (B).

A. La supériorité de la Constitution sur les traités internationaux

Le principe est celui de la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux (1) mais deux exceptions doivent être relevées (2).

1- Le principe

Le principe de supériorité de la Constitution sur les traités internationaux est énoncé à **l'article 54 de la Constitution** selon lequel, si un engagement international est contraire à la Constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Deux principes sont déduits de ce texte :

- La Constitution est supérieure au traité puisqu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié (et que cette ratification est facultative) ;
- Cette supériorité est toutefois relative car la Constitution doit être modifiée pour permettre la ratification du traité.

Le **Conseil d'État** a expressément reconnu ce principe de supériorité de la Constitution sur les traités par deux **arrêts Koné du 10 juillet 1996 et Sarran du 30 octobre 1998**, tout comme la **Cour de cassation** quelques années plus tard dans **l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000**.

2- Les nuances

Deux nuances doivent toutefois être précisées, relatives à la conception dualiste de l'ordre juridique et à la spécificité du droit de l'Union européenne.

a) La conception dualiste de l'ordre juridique

Le principe de supériorité de la Constitution sur les traités n'est valable que dans l'ordre interne. Dans l'ordre international en effet, un État ne peut se prévaloir de sa Constitution pour refuser d'appliquer un traité. C'est donc une conception dualiste de l'ordre juridique qui est retenue et qui conduit à considérer l'ordre interne et l'ordre international comme deux systèmes distincts.

b) La spécificité du droit de l'Union européenne

Il faut distinguer droit primaire et droit dérivé.

- Le droit primaire de l'Union européenne :

Comme tout traité, les traités instituant l'Union européenne – ce que l'on appelle le **droit primaire** – ne peuvent pas être ratifiés s'ils ne sont pas conformes à la Constitution. Ils lui sont donc inférieurs. Cependant, une fois ratifiés, ces traités ne sont plus seulement du droit international ; ils forment un **ordre juridique** qui est **directement intégré à l'ordre juridique interne** ; c'est ce que l'on appelle **l'effet direct** du droit de l'Union (CJUE, *Van Gend en Loos*, 1963) qui permet aux citoyens d'invoquer directement des règles du droit de l'Union devant les juridictions nationales. Cette **conception**

moniste, pour les traités de l'Union, est donc différente de celle qui vaut pour les autres traités internationaux où l'on retient une conception dualiste.

Cette conception moniste est partagée par plusieurs juridictions :

La **CJUE**, dans l'**arrêt Costa c/ Enel du 15 juillet 1964**, a jugé qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ». Elle a également précisé que les traités communautaires « ont institué un ordre juridique au profit duquel les États ont limité dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains » (CJUE 14 décembre 1991, Espace économique européen). L'objectif de la construction de l'Union européenne explique cette conception spécifique : il ne s'agit pas de la simple coopération des États membres mais de leur intégration dans un ordre juridique autonome produisant directement ses effets en leurs seins.

La **Cour de cassation** a repris cette conception dans l'**arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975**, en admettant que : « le traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celles des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ».

Le **Conseil Constitutionnel** a également reconnu, dans sa **décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe du 19 novembre 2004** que le constituant avait « consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

- Le droit dérivé de l'Union européenne :

Cette spécificité du droit de l'Union européenne soulève alors une difficulté relative à la place du **droit dérivé** – règlements et directives principalement – dans la hiérarchie des normes. Cette conception d'un ordre juridique directement intégré à l'ordre juridique interne devrait en effet conduire à admettre la supériorité du droit dérivé sur la Constitution. Telle est la conception adoptée par la CJUE ; en revanche, elle n'est pas partagée par les juridictions internes.

La **CJUE** considère que le **droit dérivé** de l'Union est **supérieur à la Constitution** des États membres : « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle, ne saurait affecter la validité d'un acte communautaire ou son effet sur le territoire de cet État » (CJUE, 17 décembre 1970). Autrement dit, selon la CJUE, le droit constitutionnel des États membres doit plier devant le droit dérivé de l'Union européenne.

En revanche, le **Conseil Constitutionnel ne semble pas admettre la supériorité du droit dérivé sur la Constitution**. En effet, si en principe il refuse de contrôler la conformité à la Constitution des lois de transposition des directives, au motif que la transposition est une exigence constitutionnelle issue de l'art. 88-1 de la Constitution (DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique), il a néanmoins formulé une exception à ce principe dont il est possible de tirer des conséquences quant à la place respective de la Constitution et le droit communautaire dérivé. Il considère en effet que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* » (DC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information). Autrement dit, si une directive heurte une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle, il sera fait obstacle à sa transposition en droit interne. Le droit de l'Union européenne ne s'impose dans l'ordre juridique interne que pour autant qu'il ne méconnaisse pas une disposition constitutionnelle expresse propre à la Constitution française : **la Constitution primerait alors sur le droit dérivé**.

La conception adoptée par le **Conseil d'État** ressort de sa jurisprudence relative au contrôle de la conformité des règlements internes à la Constitution qu'il opère. Il s'est inspiré de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative aux lois de transposition des directives et a précisé comment devait être opéré ce contrôle de constitutionnalité des décrets de transposition. Dans un **arrêt Arcelor du 8 février 2007**, il a jugé qu'il fallait procéder en deux étapes :

Première étape : il faut rechercher si les principes constitutionnels dont la violation est invoquée ont, ou non, un équivalent en droit de l'Union européenne.

Seconde étape : il faut déterminer ensuite quel organe est compétent pour contrôler la constitutionnalité du règlement. Et de deux choses l'une :

- Si les **principes constitutionnels** dont la violation est invoquée ont un **équivalent en droit de l'Union** (première étape), le Conseil d'État se déclare incompétent et renvoie la question à la CJUE (seconde étape). Si celle-ci déclare la directive contraire au droit de l'Union, le Conseil d'État annulera le décret de transposition de cette directive jugée illégale.
- Si les **principes constitutionnels** dont la violation est invoquée **n'ont pas d'équivalent en droit de l'Union** (première étape), le Conseil d'État se déclare compétent (seconde étape), et pourra par suite annuler le décret de transposition s'il le juge contraire à la Constitution.

B. La supériorité des traités internationaux sur les lois internes

Le fondement du principe de supériorité des traités sur les lois (1) précèdera l'étendue de celui-ci (2).

1- Fondement du principe de supériorité des traités sur les lois

L'article 55 de la Constitution précise que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

On doit déduire de ce texte :

- Un principe de **supériorité des traités internationaux sur les lois internes**.
- **Une condition de « réciprocité »**, c'est-à-dire l'application du traité par l'autre partie.

2- Étendue du principe de supériorité des traités sur les lois

Le principe de primauté des traités sur les lois nationales possède un champ d'application étendu puisqu'il concerne tous les traités (a) et toutes les lois (b).

a) Tous les traités

Le principe de supériorité s'applique pour tous les traités internationaux, sans distinction. S'agissant du droit communautaire, il joue bien sûr pour le droit primaire, mais également pour le droit dérivé : les règlements et les directives priment donc les lois nationales.

La question se pose alors d'identifier la **portée d'une directive non transposée**. A défaut de mesures de transposition dans les délais prescrits, un particulier ne peut pas se fonder sur une directive pour prétendre détenir un droit à l'égard d'un autre particulier et le faire valoir devant une juridiction nationale. En revanche, en appliquant le droit national, la juridiction saisie doit, dans toute la mesure du possible, interpréter le droit national « à la lumière » des dispositions et de la finalité de la directive non transposée. Si une telle interprétation est impossible, l'État devra réparer les dommages qu'il a causés aux particuliers sur le fondement de sa responsabilité pour défaut de transposition.

b) Toutes les lois, même postérieures aux traités

La question s'est posée de savoir si le principe de primauté des traités sur les lois nationales devait s'appliquer à toutes les lois, et notamment aux lois **postérieures** aux traités. La solution a fait l'objet d'une évolution de jurisprudence.

Dans un premier temps, les juges faisaient application d'un critère chronologique entre le traité et la loi, et faisaient primer la norme la plus récente. Dans le cas d'une loi postérieure à un traité, la contrariété entre les deux normes était donc réglée en faveur de l'application de la loi, et non du traité. C'est dans le célèbre **arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975** que la Cour de cassation a opéré un

revirement de cette jurisprudence en jugeant que le traité de Rome du 25 mars 1957 primait une loi qui lui était pourtant postérieure. C'est désormais le **critère hiérarchique** qui est utilisé pour résoudre une contrariété entre un traité et une loi. Le Conseil d'État adoptera la même solution dans l'**arrêt Nicolo du 20 octobre 1989**.

LA HIÉRARCHIE DES NORMES



FICHE 14 : LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

La logique de la hiérarchie des normes postule que toute norme soit en principe conforme à la norme suprême qu'est la Constitution. Pour rendre effective cette exigence de conformité, des procédures de contrôle existent. On appelle contrôle de constitutionnalité le **contrôle de la conformité d'une norme à la Constitution**. En fonction de la norme, le contrôle n'est pas réalisé par les mêmes organes et n'appelle pas les mêmes développements.

Le contrôle des **normes réglementaires** est assuré par le Conseil d'État. C'est en effet l'organe compétent pour vérifier la conformité des règlements à la Constitution. Le Conseil d'État limite toutefois son contrôle aux hypothèses dans lesquelles aucune loi ne fait « écran » entre le règlement et la Constitution, c'est-à-dire aux hypothèses où le règlement intervient indépendamment de toute loi (théorie dite de la « loi écran »). S'il existe une loi entre la norme réglementaire et la Constitution (ex : décret d'application d'une loi), le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la norme réglementaire est inopérant. Le requérant doit critiquer directement la loi, soit en invoquant son inconstitutionnalité (QPC), soit par le biais de son inconstitutionnalité (contrôle de conventionnalité exercé par le juge ordinaire depuis les arrêts J. Vabre et Nicolo).

S'agissant du contrôle de constitutionnalité des **traités**, l'article 54 de la Constitution prévoit qu'en cas de conflit entre un traité et la Constitution, celui-là ne peut être ratifié qu'après une modification de celle-ci. Le traité ne s'impose donc pas à la Constitution qui demeure la norme suprême. C'est le Conseil constitutionnel qui effectue ce contrôle. L'utilisation de l'article 54 de la Constitution a ainsi jalonné l'histoire de la construction européenne (CC 19 juin 1970 *Ressources propres*, CC 30 décembre 1976 *Élection du Parlement européen au suffrage universel*, CC 9 avril 1992 *Maastricht I*).

Enfin, le contrôle de constitutionnalité des **lois** relève également du Conseil constitutionnel dont la compétence a été élargie puisqu'il existe dorénavant – outre le contrôle *a priori* des lois – un contrôle *a posteriori* (QPC). Nous nous attacherons ici à détailler le seul contrôle de constitutionnalité des lois en exposant les deux types de contrôle (I) puis la portée de ce contrôle (II).

I. PRÉSENTATION DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

On distingue le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* (A) et le contrôle *a posteriori* (question prioritaire de constitutionnalité) (B).

A. Le contrôle *a priori*

L'article 61 de la Constitution instaure un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, obligatoire pour les lois organiques, simplement possible pour les lois ordinaires. Si, selon

Montesquieu, le juge n'est que la « *bouche de la loi* », il existe désormais un juge qui est la « *bouche de la Constitution* ». Du fait de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité, la loi n'est donc plus l'expression de la volonté générale que dans le respect de la constitution.

Une fois la loi votée par le Parlement, et avant sa promulgation par le Président de la République, il appartient au **Président de la République, au Premier ministre ou aux présidents des deux assemblées parlementaires**, s'ils l'estiment souhaitable, de saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il examine la conformité de la loi ainsi votée à la Constitution. **Le 21 octobre 1974**, la Constitution a été révisée afin que soit reconnue – outre ces quatre autorités – à **soixante députés ou soixante sénateurs** la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel d'une **loi votée mais non encore promulguée**.

Cette faculté de saisine du Conseil constitutionnel s'agissant des lois ordinaires se double d'une obligation de saisine s'agissant des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires. Le contrôle des lois ordinaires était initialement conçu de manière restrictive : le rôle du Conseil constitutionnel était envisagé comme celui d'un organe chargé de faire respecter les compétences et les procédures définies par le texte, et notamment de contenir le Parlement dans les limites fixées par la Constitution. Ce contrôle formel s'est progressivement étoffé, tandis que les saisines se multipliaient ; la plupart des grandes lois font aujourd'hui l'objet d'un tel contrôle.

Le Conseil constitutionnel vérifie si la loi qui lui est soumise est ou non conforme à la Constitution. Si tel est le cas, la loi est promulguée. Si au contraire le Conseil conclut à l'inconstitutionnalité de la loi, alors la loi ne peut pas être promulguée en l'état. Elle sera soit réécrite pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel, soit abandonnée.

Exemple :

Décision n°2023-850 DC du 17 mai 2023, Loi relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024

Le Conseil constitutionnel, saisi par plus de soixante députés, a eu à connaître de la conformité aux normes constitutionnelles, de la loi relative aux JO 2024. Était notamment contesté l'art. 5 de cette loi visant à permettre au laboratoire accrédité par l'Agence mondiale antidopage en France de procéder, dans certains cas, à la comparaison d'empreintes génétiques et à l'examen des caractéristiques d'un sportif. Était également contesté l'art. 10 prévoyant que les images collectées au moyen de système de vidéoprotection ou de caméras installées sur des aéronefs (drones) puissent faire l'objet de traitements algorithmiques afin de détecter et signaler certains événements. Les députés dénonçaient ainsi une méconnaissance du droit au respect de la vie privée, du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel déclare cependant la loi conforme à la Constitution, après avoir vérifié

que les mesures contestées étaient très encadrées. Sur le premier point, il relève que les analyses génétiques, pseudonymisées, ne peuvent être faites que si les sportifs ont été informés et seulement pour détecter la présence d'une substance ou d'une méthode interdite, dès lors qu'aucune autre technique disponible ne le permet. Sur le second point, il relève que le recours aux drones pour assurer la sécurité des installations sportives est autorisé à la condition que le public soit préalablement informé et que les images ainsi recueillies n'aient pour objet que de détecter des événements prédéterminés susceptibles de présenter ou de révéler des risques d'actes de terrorisme ou d'atteintes graves à la sécurité des personnes. Le recours à la « reconnaissance faciale » est interdit, ainsi que l'utilisation de systèmes d'identification biométrique. Il n'est pas non plus autorisé de croiser les images obtenues avec les données d'autres traitements de données à caractère personnel. Enfin, l'utilisation des drones est assujettie à autorisation préalable (par le représentant de l'Etat dans le département ou, par le préfet pour ce qui concerne Paris).

La loi est donc déclarée conforme à la Constitution. Elle a été promulguée puis publiée au JO. Il s'agit de la loi n° 2023-399 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

Le contrôle de constitutionnalité ne porte pas, cependant, sur les lois constitutionnelles (CC 23 septembre 1992, *Ratification du Traité de Maastricht*), ni sur les lois référendaires (CC, 6 novembre 1962, *Référendum du 28 octobre 1962*). Il ne porte pas non plus, en principe, sur les lois de transposition des directives de l'Union européenne. En effet, dans une décision du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, le Conseil constitutionnel a posé un principe et des exceptions.

Le principe posé est l'absence de contrôle de la conformité des lois de transposition des directives à la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur l'art. 88-1 de la Constitution selon lequel « La république participe à l'UE constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du Traité sur l'Union... ». Il a déduit de ce texte que transposer les directives de l'Union était une exigence constitutionnelle. Par conséquent, il exclut de son contrôle de constitutionnalité les lois qui transposent les directives, à la condition toutefois qu'elles soient précises et inconditionnelles. L'idée sous-jacente est que lorsque le législateur transpose des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, il ne fait que « recopier » le droit de l'Union européenne. Dès lors, contrôler la conformité de la loi de transposition à la Constitution reviendrait en réalité à contrôler la substance de la directive, ce qui relève de la seule compétence de la CJUE. Mais il y a des exceptions.

Par exception, le Conseil constitutionnel accepte d'abord de contrôler la loi de transposition d'une directive à la Constitution française lorsqu'elle s'avère « contraire à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française » (par exemple le principe de laïcité ou le principe d'égal accès aux emplois publics). Le Conseil constitutionnel admet également, au nom de l'exigence

constitutionnelle de transposition des directives de vérifier que la loi de transposition n'est pas « manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ».

Au-delà du contrôle de constitutionnalité *a priori*, le droit français s'est doté d'un autre contrôle, *a posteriori*.

B. Le contrôle *a posteriori* (question prioritaire de constitutionnalité)

La question prioritaire de constitutionnalité a bouleversé le paysage juridique français. Il y a lieu d'en faire une présentation (1), d'en exposer ses modalités (2), l'issue possible (3), puis un bilan des dix premières années d'existence (4).

1- Présentation de la QPC

La Constitution a été révisée le **23 juillet 2008** en vue d'intégrer un nouveau dispositif nommé « **question prioritaire de constitutionnalité** » dans la Constitution. Le nouvel **article 61-1** est ainsi rédigé : « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* ». Cette loi organique a été promulguée le **10 décembre 2009**, après avoir été examinée par le Conseil Constitutionnel, et est entrée en vigueur le **1^{er} mars 2010**.

Tout justiciable peut poser une question de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel pour faire reconnaître qu'une loi applicable au litige auquel il est parti est contraire à la Constitution et en solliciter ainsi l'abrogation par le Conseil Constitutionnel. Dans l'hypothèse où le juge est saisi de moyens soulevant à la fois l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité d'une loi, la question de constitutionnalité est qualifiée de « **prioritaire** », ce qui impose au juge de la traiter en premier. Ce n'est que si la loi est jugée conforme à la Constitution que le juge pourra, dans un second temps, examiner le moyen de l'inconventionnalité de la loi. Le législateur a clairement voulu rappeler la place de la Constitution au sommet de la pyramide des normes internes. La Cour de cassation a d'ailleurs hésité sur la compatibilité de cette priorité avec le droit de l'Union européenne et a jugé opportun de poser la question à la CJUE par le biais d'une question préjudicielle. La CJUE a toutefois admis la compatibilité de notre mécanisme au droit de l'union (CJUE, 22 juin 2010, Melki).

L'article 61-1 vise non pas une loi mais une « **disposition législative** ». Il ne s'agit donc pas de contester la constitutionnalité d'une loi dans son ensemble mais de telle ou telle de ses dispositions. En outre, tous les droits et libertés garantis par la Constitution peuvent être invoqués, que ces droits figurent dans le texte constitutionnel à proprement parler, ou dans les normes que le Conseil Constitutionnel a intégrées dans le bloc de constitutionnalité.

2- Modalités d'application de la QPC

La QPC peut être posée devant **toutes les juridictions**, à tout moment de la procédure. La procédure prévoit alors un **double filtre**. Les juridictions saisies d'une QPC doivent sans délai la transmettre à la juridiction suprême dont elles relèvent (Cour de cassation ou Conseil d'État) après avoir vérifié **trois conditions** :

- **La QPC doit porter sur une disposition législative applicable au litige :**

En premier lieu, la loi faisant l'objet de la question doit s'appliquer à celui qui soulève la QPC, dans le cadre d'un litige en justice. Cette première condition permet de limiter le champ d'application de la QPC au seul requérant ayant un intérêt direct à remettre en cause une loi.

- **La QPC ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel :**

En deuxième lieu, la loi contestée ne doit pas avoir fait l'objet d'un précédent contrôle de constitutionnalité à l'issue duquel elle aurait été déclarée conforme à la Constitution, que ce soit par le biais d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*. L'idée est ici encore d'encadrer le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en évitant les contrôles successifs inutiles de la même disposition.

- **La QPC doit présenter un caractère sérieux :**

En troisième lieu, la question doit présenter un « caractère sérieux ». Autrement dit, le juge (ordinaire) est invité à opérer un rapprochement entre la disposition législative contestée et la Constitution afin de dire si l'inconstitutionnalité soulevée par le requérant est sérieuse et, partant, mérite d'être examinée par le Conseil constitutionnel.

Ce n'est que si ces trois conditions sont réunies que le juge à qui la question a été posée transmet celle-ci à la Cour de cassation ou au Conseil d'État. Ces juridictions disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer à leur tour sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel ; les conditions de sa transmission étant quasiment identiques à celles prévues pour les juridictions inférieures. Lorsque le juge a transféré la QPC, il doit surseoir à statuer dans l'attente de la réponse. Une fois saisi, le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai de trois mois. Quelles sont les issues possibles ?

3- Issue de la QPC

Si la disposition est déclarée **constitutionnelle**, elle reste en vigueur et sera appliquée dans le procès en cours ; y compris donc au justiciable ayant soulevé l'exception d'inconstitutionnalité. Si la loi est jugée **inconstitutionnelle**, elle est en principe **abrogée dès la publication de la décision du Conseil constitutionnel**. L'article 62 de la Constitution dispose ainsi qu'« Une disposition déclarée

inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Il y a là un avantage non négligeable de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité classique, dans lequel le juge se borne à ne pas appliquer au litige une loi qui demeure par ailleurs en vigueur et pourrait être appliquée dans d'autres litiges.

Il est toutefois prévu une **exception** à cette **abrogation immédiate**. Le Conseil constitutionnel peut reporter les effets de l'abrogation de la loi, pour permettre au législateur d'en adopter une nouvelle et ainsi éviter un vide juridique (**abrogation différée**). Le Conseil constitutionnel fixe alors la date à compter de laquelle la loi sera abrogée. En attendant, elle continue de s'appliquer, sauf au requérant ayant posé la QPC. Par exemple, dans une décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la loi française sur la garde à vue. Un délai de onze mois a néanmoins été laissé au législateur, compte tenu des risques pour l'ordre public d'une abrogation immédiate des normes relatives à la garde à vue. Lorsqu'il décide une abrogation différée, la loi continue de s'appliquer jusqu'à la date d'abrogation, alors même qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle. Pour remédier à cette situation indésirable, il arrive au Conseil constitutionnel d'inviter les juridictions à attendre l'abrogation de la loi pour trancher des litiges en cours qui seraient similaires.

Aucun recours contre une décision du Conseil constitutionnel n'est prévu. Une fois la décision du Conseil constitutionnel rendue, le juge qui en était à l'origine se retrouve saisi de plein droit du **procès** dont le déroulement **reprend**. Si la disposition législative a été déclarée conforme, elle sera appliquée ; si au contraire elle a été déclarée non conforme, le juge devra tenir compte de l'abrogation de la loi et éventuellement de ses aménagements. En cas d'abrogation immédiate, le juge devra trancher le litige en fonction d'autres textes applicables, et à défaut en se référant aux sources non écrites (principes généraux du droit notamment).

Exemple :

Décision n°2023-1053 QPC du 9 juin 2023

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité à la Constitution de l'art. 342-9 du Code civil. Cet article qui concerne la procréation médicalement assistée prévoit qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre le tiers donneur et l'enfant issu de son don. Leur reprochant de faire obstacle à l'établissement de toute filiation, y compris adoptive, entre l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation et le tiers donneur, le requérant a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité. Il soutenait en effet que les dispositions du Code civil méconnaissaient du droit de mener une vie familiale normale, protégé par la Constitution. Tel n'est pas l'avis du Conseil constitutionnel qui juge que « *le droit de mener une vie familiale normale*

n'implique pas le droit pour le tiers donneur à l'établissement d'un lien de filiation adoptive avec l'enfant issu de son don ».

Les dispositions contestées ne méconnaissant pas le droit de mener une vie familiale normale, pas plus qu'aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, elles ont été déclarées conformes à la Constitution.

4- Bilan de la QPC

En chiffres : la QPC a connu un **véritable succès** dès son introduction.

Le Conseil constitutionnel a établi le 1^{er} mars 2015 un bilan portant sur les cinq premières années de la QPC. À cette date, ce sont plus de 10.000 QPC qui ont été posées dans tous les tribunaux de France. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont été saisis de 2.360 QPC (premier filtre), dont 465 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel (deuxième filtre). Le Conseil constitutionnel a rendu 395 décisions. Il a déclaré 70 % des dispositions conformes ou conformes avec réserve et 24 % totalement ou partiellement contraires à la Constitution.

Après dix ans d'existence (2010-2020), la Cour de cassation a transmis 478 QPC au conseil constitutionnel et le Conseil d'État lui en a transmis 413. Le Conseil constitutionnel a rendu 234 décisions de non-conformité à la Constitution (soit environ ¼ des QPC).

Le nombre de décisions QPC rendues chaque année par le Conseil constitutionnel tournait, sauf circonstances exceptionnelles (liées à l'entrée en vigueur du nouveau dispositif ou à la pandémie de Covid-19), autour de 60/80 décisions depuis plusieurs années. Notons cependant une nette tendance à la baisse de ce chiffre depuis deux ans (45 QPC en 2023 et 42 en 2024).

Année	Nombre de décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel
2010	64
2011	110
2012	74
2013	66
2014	67
2015	68
2016	81
2017	75
2018	64

2019	61
2020	46 (année de la pandémie)
2021	75
2022	67
2023	45
2024	42

Au fond : l'introduction de la QPC en droit français a produit un **bouleversement**, à plusieurs égards. D'abord, elle a profondément modifié le paysage du procès en faisant entrer un nouvel acteur, alors qu'auparavant, le Conseil constitutionnel restait étranger au procès. On peut se demander si le Conseil constitutionnel n'est pas devenu, du même coup, une véritable juridiction dont l'influence ne cesse de progresser. Réciproquement, le mécanisme accorde un « embryon » de contrôle de constitutionnalité aux juges ordinaires qui vérifient si les conditions de la QPC sont réunies avant de la transmettre au Conseil constitutionnel.

Ensuite, la QPC a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de poser sa première question préjudicielle à la CJUE, dans une décision du 14 juin 2013. Avant de répondre à la QPC qui lui était posée, il a souhaité vérifier au préalable la compatibilité de cette loi au droit communautaire. Cette première marque un tournant et illustre le « **dialogue des juges** » qui serait en passe, selon certains auteurs, de remplacer peu à peu la hiérarchie des normes, devenue quelque peu désuète.

Pour aller plus loin

Présentation de la QPC sur le site internet du Conseil Constitutionnel :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>

II. PORTÉE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Le contrôle de constitutionnalité s'est largement étendu (A), au point que l'État peut aujourd'hui être amené à engager sa responsabilité du fait d'une loi inconstitutionnelle (B).

A. L'extension du contrôle de constitutionnalité

Le contrôle de constitutionnalité n'a cessé de se développer, en raison de l'élargissement des normes de référence (1) et la diversification des techniques de contrôle (2).

1- L'élargissement des normes de référence

Le Conseil constitutionnel a étendu les normes de référence à l'égard desquelles il opère son contrôle de constitutionnalité. Le Conseil Constitutionnel a jugé, par une décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*, que la loi devait respecter, outre le texte de la Constitution *stricto sensu*, l'ensemble des normes auxquelles le préambule faisait référence. Ce faisant, il a progressivement étendu le contenu du bloc de constitutionnalité.

Font ainsi partie intégrante du **bloc de constitutionnalité** :

- La Constitution de 1958 ;
- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC) ;
- Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (énumérant les Principes particulièrement nécessaires à notre temps - PPNT), ainsi que les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), auxquels il renvoie ;
- Depuis la révision de la Constitution du 1^{er} mars 2005, la Charte de l'environnement ;
- Les principes et objectifs à valeur constitutionnelle, qu'il découvre et consacre librement ;
- Les lois organiques.

Le contrôle de constitutionnalité des lois est donc aujourd'hui effectué en référence à l'ensemble de ces normes à valeur constitutionnelle. L'accroissement des pouvoirs du Conseil constitutionnel est également venu de l'extension des techniques de contrôle.

2- La diversification des techniques de contrôle

Le Conseil constitutionnel a développé des techniques de contrôle visant à affiner la vérification de la constitutionnalité des lois. L'exemple le plus marquant réside dans la pratique par le Conseil constitutionnel des « **réserves d'interprétation** ». Le Conseil constitutionnel subordonne alors sa décision (constitutionnalité ou inconstitutionnalité de la loi) à l'interprétation retenue de la loi. Autrement dit, il impose l'interprétation de la loi dans un sens qui lui permette de ne pas être en contradiction avec la Constitution. Ces réserves sont également pratiquées dans le cadre de la QPC (CC 18 juin 2010, Époux L.).

Les réserves d'interprétation sont variées ; elles peuvent être :

- **Strictes** : « *toute autre interprétation serait contraire à la Constitution* » (CC 10 et 11 octobre 1984, Entreprises de presse) ;
- **Neutralisantes** : « *ces dispositions sont dépourvues de tout effet juridique* », « *cet article ne saurait signifier que* », « *ces dispositions doivent être interprétées comme imposant seulement aux auteurs des documents d'urbanisme d'y faire figurer des mesures tendant à la réalisation des objectifs qu'elles énoncent* » (CC 7 décembre 2000, Loi SRU) ;
- **Constructives** : changement d'une « *possibilité* » en « *droit* » ;
- **Directives** : définition des modalités d'application (CC 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013, qui définit très précisément les conditions dans lesquelles la taxe sur les logements vacants peut être mise en œuvre).

B. L'engagement de la responsabilité de l'État

Le Conseil d'État a admis l'engagement de la responsabilité de l'État pour réparer les préjudices qui résulteraient de l'application d'une loi jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CE, 24 décembre 2019, Société hôtelière Paris Eiffel Suffren). L'adoption d'une loi inconstitutionnelle constitue ainsi une faute de l'État justifiant l'engagement de sa responsabilité, au même titre que l'adoption d'une loi inconstitutionnelle.

FICHE 15 : LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES LOIS

I. EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES LOIS

Le Conseil constitutionnel s'étant déclaré incompétent pour effectuer le contrôle de conventionnalité des lois (A), il est revenu aux juges ordinaires de l'exercer (B).

A. L'incompétence du Conseil constitutionnel

Principe : le **Conseil Constitutionnel**, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution qui affirme la primauté des traités sur les lois nationales, aurait pu se déclarer compétent pour exercer un tel contrôle. Pourtant, dans une décision du **15 janvier 1975 Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse**, il s'est déclaré **incompétent**. Il a ainsi implicitement invité les juges ordinaires à prendre en charge le contrôle de conventionnalité. Cette position connaît cependant une nuance.

Nuance : Le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la conformité des lois de transposition à la directive transposée. En principe, ce contrôle appartient en effet à la CJUE lorsqu'elle est saisie par les juridictions nationales d'une question préjudicielle. Mais, parce que la transposition d'une directive en droit interne constitue une exigence constitutionnelle (article 88-1 de la Constitution), le Conseil Constitutionnel s'estime compétent pour censurer une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour but de transposer (CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur*). L'hypothèse semble d'école ; on peut toutefois songer à la contrariété qui pourrait exister entre une directive imposant une forme de discrimination positive et la Constitution, par exemple. Il est donc aujourd'hui possible d'exciper d'une disposition de l'ordre constitutionnel français pour invalider, même indirectement, un acte du droit dérivé de l'Union.

En principe, le contrôle de conventionnalité appartient donc aux juges ordinaires.

B. La compétence des juges ordinaires

La **Cour de cassation** a accepté d'opérer le contrôle de conventionnalité des lois dans l'**arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975**, qui a renversé la jurisprudence antérieure (dite doctrine « Matter »).

Il s'agit d'un arrêt de principe très important en la matière, qui a abandonné le critère chronologique au profit du critère hiérarchique pour déterminer la norme applicable. Avec ce revirement, la norme applicable n'est plus systématiquement la norme la plus récente (critère chronologique) mais celle qui possède le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes (critère hiérarchique).

Civ. 1, 24 mai 1975, J. Vabre**Fiche d'arrêt**

La société J. Vabre importe, en provenance des Pays-Bas, du café destiné au marché français. A chaque importation, la Société paie une taxe de dédouanement. Au final, le café importé des Pays-bas est plus taxé que le café français. La Société J. Vabre assigne alors l'Administration des douanes, au motif que le règlement opérant la surtaxe est contraire au Traité de Rome qui interdit de taxer différemment des produits nationaux et des produits des États membres de la CEE (aujourd'hui l'UE).

La Cour d'appel accueille cette demande. Elle retient qu'en application de l'article 55 de la Constitution, un traité doit prévaloir sur une loi, y compris lorsque celle-ci est postérieure au traité. L'administration des douanes forme alors un pourvoi en cassation. Selon elle, le juge n'est pas compétent pour exercer le contrôle de conventionnalité des lois françaises.

Questions : Le juge judiciaire est-il compétent pour apprécier la conformité d'une loi à un traité international ? Dans l'affirmative, un traité prime-t-il sur une loi française postérieure qui lui est contraire ?

La Cour de cassation répond par l'affirmative à ces deux questions. Elle rejette le pourvoi. Elle affirme que le traité de Rome a une autorité supérieure à la loi, en vertu de l'article 55 de la Constitution, peu important que la loi soit postérieure au traité. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît la compétence du juge judiciaire en ce qui concerne l'examen de la conventionnalité des lois. La Cour de cassation affirme alors que le Traité est supérieur à la loi, même postérieure. Dès lors, en cas d'incompatibilité entre un Traité et une loi (antérieure ou postérieure), le juge écarte l'application de la loi au profit de celle du traité. En l'espèce, la taxe est jugée incompatible avec le Traité de Rome, elle est donc écartée.

Le **Conseil d'État**, plus réticent que la Cour de cassation à prendre en charge le contrôle de conventionnalité des lois, a tout de même fini par suivre la jurisprudence J. Vabre. Il a ainsi opéré un revirement de sa jurisprudence dite « des semoules » (CE 1^{er} mars 1968 *Syndicat général des fabricants de semoules de France*) par l'arrêt **Nicolo** du **20 octobre 1989** qui consacre les mêmes solutions que la jurisprudence J. Vabre.

Le contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux relève donc de la compétence des juges ordinaires internes. Quelle est l'issue d'un tel contrôle ?

II. ISSUE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ D'UNE LOI

Si la loi est jugée conforme au traité, elle s'applique et cela ne soulève aucune difficulté. En revanche, si elle est jugée inconstitutionnelle, deux conséquences doivent être envisagées : la mise à l'écart de la loi contraire au traité (A) et la responsabilité de l'État (B).

A. La mise à l'écart de la loi inconstitutionnelle

Lorsque le juge ordinaire constate l'incompatibilité d'une loi avec un traité, **il écarte seulement l'application de la loi au litige** à l'occasion duquel est soulevé cette inconstitutionnalité. Il ne peut en aucun cas ni abroger la loi ni l'annuler, de quelque façon que ce soit. Il s'agit là d'une conséquence du principe de séparation des pouvoirs. Cette loi demeure donc dans l'ordre juridique interne et elle sera applicable dans un litige ultérieur dans lequel le requérant n'aura pas invoqué l'inconstitutionnalité de la loi.

Le contrôle de conventionnalité des lois n'est donc pas aussi efficace que le contrôle de constitutionnalité des lois à l'occasion duquel le droit positif est purgé de la loi inconstitutionnelle. En effet, dans le contrôle *a priori*, la loi ne peut pas être promulguée ; dans la question prioritaire de constitutionnalité (contrôle *a posteriori*), la loi est abrogée.

Exemple : Civ. 3, 17 décembre 2013, n° 14-22.095

Faits et procédure :

Des cabanons et caravanes sont illégalement installés par des familles sur une parcelle. La commune en demande l'enlèvement. L'application des règles du droit de l'urbanisme, invoquées par la commune, auraient dû conduire à prononcer l'enlèvement des constructions illégales. Mais les familles installées invoquent l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit au logement et au respect de la vie privée et familiale.

Solution :

Les juges du fond avaient fait droit à la demande d'enlèvement des constructions, par application des règles locales d'urbanisme. Mais la Cour de cassation casse cette décision, reprochant aux juges du fond de n'avoir pas vérifié si « les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile » des familles défenderesses. Autrement dit, elle met à l'écart les règles du droit français, et fait application des règles issues de la Conv. EDH.

Arrêt :

Sur le moyen unique :

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 11 septembre 2013), que Mme Anne X...est propriétaire d'une parcelle cadastrée AL173 située à Herblay ; que, se plaignant de l'installation sur ce terrain de cabanons de jardin et de plusieurs caravanes occupées par Mmes Anne et Catherine X...et par MM.

Louis et Jonathan X...et André Y...et leurs enfants et se fondant sur l'infraction aux dispositions du plan local d'urbanisme (PLU) tenant à l'installation de ces ouvrages, la commune d'Herblay les a assignés en référé pour en obtenir l'enlèvement ;

Attendu que, pour accueillir la demande de la commune, l'arrêt retient que la parcelle appartenant à Mme X...est située dans un espace boisé classé comme zone naturelle, dans laquelle le PLU interdit l'implantation de constructions à usage d'habitation, les terrains de camping ou de caravanage ainsi que l'implantation d'habitations légères de loisir et le stationnement de caravanes à l'usage de résidence principale ou d'annexe à l'habitation, qu'il est établi et non contesté que les consorts X..., après avoir défriché et aménagé le terrain, y ont installé cinq caravanes, une construction modulaire à usage de cuisine, sur un revêtement en ciment, et deux petits cabanons de jardin en tôle en violation des interdictions édictées par les dispositions du PLU et, s'agissant des algéco et cabanons de jardin, sans déclaration préalable, en infraction à l'article R. 421-9 du code de l'urbanisme, et que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit au logement ne peuvent faire obstacle au respect des règles d'urbanisme ni faire disparaître le trouble résultant de leur violation ou effacer son caractère manifestement illicite ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des consorts X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée (...)

B. La responsabilité de l'État

En **1991**, dans l'arrêt **Francovich**, la **CJUE** avait précisé que la **responsabilité d'un État membre** à l'égard des particuliers pouvait être engagée, pour réparer les dommages qui leur auraient été causés par une violation du droit de l'Union européenne par cet État. Les citoyens disposent donc d'une action en réparation contre l'État qui enfreint une règle du droit de l'Union.

Ce principe a été élargi à l'ensemble des traités par l'arrêt **Gardedieu rendu par le Conseil d'État le 8 février 2007** qui a admis que la **responsabilité de l'État** du fait des lois inconstitutionnelles puisse être engagée devant les juridictions administratives. Il sera alors amené à réparer le préjudice résultant, pour un particulier, de « *l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France* ».

FICHE 16 : L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

Le conflit de lois dans le temps vise l'hypothèse dans laquelle une loi nouvelle vient se substituer à une loi ancienne. La loi nouvelle a donc pour effet d'abroger la loi ancienne jusque-là en vigueur. Précisons que le mot « loi » est entendu dans un sens large et renvoie à toute norme, qu'elle émane du Parlement (loi au sens strict) ou du gouvernement (règlement, décret, arrêté...). Face à cette succession de lois dans le temps, la question se pose de savoir **quelle est la loi applicable à une situation donnée**. Les individus doivent-ils obéir à la loi ancienne ou à la loi nouvelle ? Le juge saisi d'un litige doit-il le régler par application de la loi nouvelle ou de la loi ancienne ?

Exemple 1 : Des époux se sont mariés en 1968. Une loi du 11 juillet 1975 a assoupli les conditions dans lesquelles le divorce peut être prononcé, notamment en admettant le divorce par consentement mutuel. La question se pose de savoir si ces époux peuvent bénéficier de la loi de 1975 bien qu'ils se soient mariés avant son entrée en vigueur.

Exemple 2 : Deux personnes concluent un contrat de prêt moyennant le paiement d'intérêts à 6% en 1964. Une loi du 28 décembre 1966 a fixé un plafond au-dessus duquel les taux d'intérêt sont sanctionnés comme étant usuraires. La question se pose de savoir si cette loi nouvelle, bien que postérieure au contrat de prêt, peut s'appliquer et, partant, invalider le taux d'intérêt si celui-ci se révèle usuraire.

Il s'agit donc de déterminer l'incidence d'une loi nouvelle sur une situation juridique. La logique veut qu'une situation juridique soit réglée par application de la loi en vigueur le jour où elle a lieu. La réalité est toutefois plus subtile car les situations juridiques ne sont pas toutes instantanées mais peuvent s'inscrire dans la durée. C'est le cas, par exemple, d'un contrat de prêt conclu par un emprunteur remboursable sur une durée de dix ans. Les situations qui durent soulèvent alors une difficulté particulière quant à l'application de la loi dans le temps, lorsque la loi change en cours d'exécution de la situation juridique. Il se peut en effet que la constitution d'une situation, initiée sous l'empire d'une loi ancienne, continue à produire ses effets et qu'une loi nouvelle soit adoptée avant l'expiration de la situation. Dans certaines hypothèses, la difficulté est réglée par le législateur lui-même qui insère, dans la loi nouvelle, des **dispositions transitoires** dont l'objet est de préciser les modalités d'application de la loi dans le temps. Mais ce n'est pas toujours le cas.

Au XIX^e siècle, c'est la **théorie dite « des droits acquis »** qui régissait les conflits de lois dans le temps. Elle visait à protéger les droits subjectifs des individus en interdisant qu'ils ne soient trop facilement remis en cause par une loi nouvelle. L'expression « droits acquis » désignait les droits qui étaient définitivement entrés dans le patrimoine d'un individu sous l'empire d'une loi ancienne et qu'aucune loi nouvelle ne pouvait venir retirer. Par opposition, les « simples expectatives » désignaient les droits éventuellement acquis sous l'empire de l'ancienne loi, et que la loi nouvelle pouvait par conséquent

remettre en cause. Cette théorie a été vivement critiquée par la doctrine, notamment par Planiol, car la distinction entre les deux catégories de droits sur laquelle elle reposait était largement incertaine. C'est **Paul Roubier** qui, en 1929, a mis en évidence une autre théorie²¹, fondée sur l'interprétation de **l'article 2 du code civil**, qui a les faveurs de la jurisprudence et de la doctrine modernes. L'article 2 du code civil pose la règle selon laquelle : « **La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif** ». Paul Roubier a ainsi mis en évidence deux principes : l'application immédiate de la loi nouvelle (I) et la non-rétroactivité de la loi nouvelle (II).

I. L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE

C'est le premier principe énoncé par l'art. 2 du code civil sous l'expression « *la loi ne dispose que pour l'avenir* » (A) ; il existe toutefois une exception (B).

A. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle

L'application immédiate de la loi nouvelle consiste à appliquer la loi nouvelle à compter de son entrée en vigueur, pour l'avenir, sans lui faire produire d'effet avant sa date d'entrée en vigueur. Avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'application de la loi ancienne n'est pas remise en cause ; après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, c'est la loi nouvelle qui s'applique et non plus la loi ancienne. Le principe est justifié par le souci d'unité de la législation et celui de l'égalité de traitement. En outre, il est souhaitable qu'une loi nouvelle s'applique au plus grand nombre car elle est supposée être meilleure que la loi qu'elle vise à remplacer.

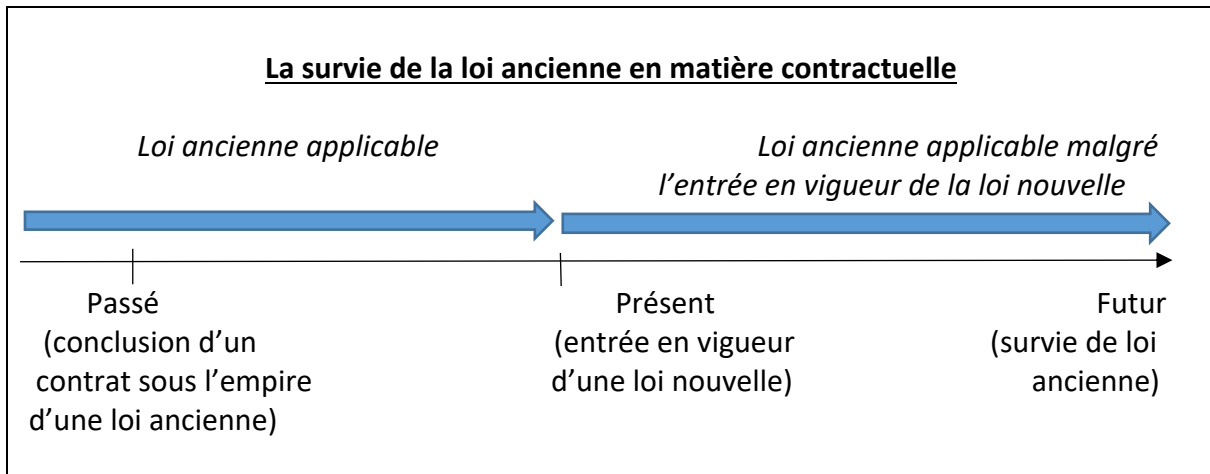
La loi nouvelle s'applique donc :

- À la constitution de situations postérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle.
- Aux effets futurs des situations juridiques antérieurement constituées.

Exemple : Civ. 3, 4 mars 2009, n°07-20.578

Un immeuble est déclaré insalubre par un arrêté préfectoral du 14 décembre 2005. Les règles applicables à la procédure de relogement changent à compter d'une loi nouvelle du 15 décembre 2005. Les locataires demandent à être relogés en mars 2006. La Cour de cassation rappelle que la loi applicable à cette demande de relogement est la loi nouvelle du 15 décembre 2005, car elle est entrée en vigueur avant la demande de relogement. Elle fait ainsi application du principe d'application immédiate.

²¹ V. P. ROUBIER, Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps), Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1960 (1^{ère} éd. 1929).



Cette exception contractuelle connaît à nouveau des exceptions dans lesquelles le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle a vocation à s'appliquer.

C. Les exceptions à l'exception

Les effets futurs d'un contrat sont exceptionnellement parfois soumis à la loi nouvelle, par l'effet du législateur (1) ou du juge (2). Il s'agit donc d'exceptions à l'exception : la loi nouvelle s'applique immédiatement, dès son entrée en vigueur, même à un contrat en cours, pour l'avenir.

1- Le législateur

Le législateur peut déroger au principe de survie de la loi ancienne et élaborer une **loi immédiatement applicable aux contrats en cours**. Cette hypothèse doit être clairement distinguée de l'hypothèse de la rétroactivité. Certes, le contrat conclu avant la loi nouvelle se trouve modifié par application de la loi nouvelle, mais il ne l'est que pour l'avenir, c'est-à-dire à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Les effets qui se sont produits avant cette date ne sont pas remis en cause, alors qu'ils le seraient si la loi était rétroactive.

Le législateur est ici guidé par le souci d'assurer **l'uniformité de la législation**, par exemple lorsque la loi nouvelle concerne des **intérêts fondamentaux de la société, qu'il s'agisse d'intérêts économiques, politiques ou sociaux**.

Exemple :**Civ. 3, 9 février 2017, n°16-10.350**

Vu l'article L. 145-7-1 du Code de commerce, issu de la loi du 22 juillet 2009, ensemble l'article 2 du Code civil ;

Attendu que l'article L. 145-7-1 précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Poitiers, 10 novembre 2015), que, par actes séparés des 20 et 22 février 2007, la société Capimo 121 (la société Capimo) a donné à bail à la société Resid'Ever, aux droits de laquelle se trouve la société MMV résidences, deux appartements pour l'exploitation d'une résidence de tourisme ; que, le 26 décembre 2012, la société locataire a donné congé pour le 1^{er} juillet 2013, à l'expiration de la deuxième période triennale ; que, le 20 septembre 2013, la société Capimo a assigné la société MMV résidences en nullité des congés ;

Attendu que, pour valider les congés, l'arrêt retient que les baux, conclus avant l'entrée en vigueur de l'article L. 145-7-1 du Code de commerce, sont régis par les dispositions de l'article L. 145-4 du même code prévoyant une faculté de résiliation triennale pour le preneur, le bailleur disposant de la même faculté s'il entend invoquer les seules dispositions des articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-23-1 et L. 145-24 du même code et déduit que l'article L. 145-7-1 créé par la loi du 22 juillet 2009, qui exclut toute résiliation unilatérale en fin de période triennale pour l'exploitant d'une résidence de tourisme, n'est pas applicable au litige ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que les baux étaient en cours au 25 juillet 2009, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux (...)

2- Le juge

Certaines lois, alors même qu'elles sont silencieuses sur la question, sont jugées telles qu'elles sont applicables immédiatement, à toutes situations, y compris aux situations contractuelles. Il s'agit des lois qui présentent un **caractère d'ordre public particulièrement impérieux**. Tel fut le cas d'un grand nombre de lois sociales qui ont institué des droits nouveaux au profit des salariés au début du XX^e siècle. Le juge doit donc analyser les motifs qui ont guidé le législateur dans l'élaboration de la loi nouvelle. Deux critères permettent de cerner les lois nouvelles immédiatement applicables aux contrats en cours :

- **L'ordre public**, c'est-à-dire les lois qui intéressent l'intérêt vital de la société.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'une loi nouvelle « portant engagement national pour le logement » était d'application immédiate y compris en matière contractuelle²².

- **Le statut légal**, c'est-à-dire les lois qui réglementent des contrats qui relèvent de la compétence exclusive du législateur comme le mariage ou encore le contrat de travail.

Exemple : lorsque la législation sur les congés payés a été adoptée en 1936, la question s'est posée de savoir si cette loi nouvelle devait s'appliquer aux contrats de travail conclus avant son entrée en vigueur. La survie de la loi ancienne aurait conduit à une réponse négative, mais la Cour de cassation a jugé le contraire : parce que cette loi nouvelle présentait un intérêt social particulièrement impérieux, elle a jugé que la loi nouvelle devait s'appliquer aux contrats en cours, c'est-à-dire conclus avant 1936²³.

II. LA NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE

Le second principe énoncé par l'art 2 du code civil est celui de la non-rétroactivité de la loi (« *La loi n'a point d'effet rétroactif* ») (A) ; ce principe connaît cependant plusieurs exceptions (B).

A. Le principe de non-rétroactivité

1- Énoncé du principe

Le texte énonce le principe de non-rétroactivité de la loi : **la loi nouvelle** ne s'applique qu'à des faits qui se sont produits après son entrée en vigueur ; en revanche elle **ne s'applique pas à des faits passés**²⁴. On peut s'interroger sur la **justification** d'un tel principe, car par hypothèse on suppose toujours la loi nouvelle meilleure que la loi ancienne ; sinon on n'en changerait pas. L'idée de progrès gouverne en effet la politique législative. Deux raisons justifient néanmoins le principe de non-rétroactivité de la loi :

- Une raison de **politique législative** : la rétroactivité est un facteur évident d'insécurité car elle postule de revenir sur le passé.
- Une raison de **psychologie législative** : un principe général de rétroactivité affaiblirait, dans l'esprit des justiciables, la portée de la force obligatoire de la loi.

²² Civ. 3, 13 juillet 2011, Bull. Civ. III n° 112.

²³ Civ. 1, 17 février 1937, D. H. 1937. 215.

²⁴ V. en ce sens : Discours préliminaire prononcé par Portalis lors de la présentation du projet de Code civil : « *En général, les lois n'ont point d'effet rétroactif. Le principe est incontestable (...)* ».

La loi nouvelle ne s'applique donc ni aux conditions de validité ni aux effets passés d'une situation juridique.

Exemple : Civ. 1, 9 décembre 2009

La Cour de cassation a jugé que la loi nouvelle du 26 mai 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, portant réforme du droit des donations, n'était pas applicable aux donations conclues avant le 1^{er} janvier 2005, par application du principe de non-rétroactivité des lois.

2- Portée du principe

Le principe de non-rétroactivité des lois n'a pas la même portée selon les matières :

- **En matière pénale**, il a valeur constitutionnelle²⁵ car il est énoncé à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle a été intégrée au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel.
- **En matière civile**, il a valeur législative. Il s'impose donc aux juges qui ne peuvent y déroger. En revanche, il ne s'impose pas au législateur car ce que le législateur peut faire avec une loi, il peut le défaire avec une autre loi. Le principe n'interdit donc pas au législateur d'élaborer une loi rétroactive.

Le principe de non-rétroactivité de la loi connaît toutefois plusieurs exceptions.

B. Les exceptions au principe de non-rétroactivité

Certains types de lois peuvent être, par exception, rétroactives (1) ; elles sont néanmoins soumises à un contrôle strict (2).

1- L'existence de lois rétroactives

Dans deux séries d'hypothèses, la loi est, par exception, rétroactive.

a) Les lois expressément rétroactives

Une loi est expressément rétroactive lorsque le législateur adopte une loi pour laquelle il précise, dans le texte, qu'elle est rétroactive.

²⁵ Du moins pour les lois pénales plus sévères.

Exemple : l'article 47 de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation énonce que les dispositions relatives au droit à indemnisation « s'appliqueront dès la publication de la présente loi, même aux accidents ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication, y compris aux affaires pendantes devant la Cour de cassation. Elles s'appliqueront également aux accidents survenus dans les trois années précédant cette publication et n'ayant pas donné lieu à l'introduction d'une instance (...) ».

b) Les lois par nature rétroactives

Il y a des lois qui sont par leur nature même rétroactives :

- **Les lois de validation :**

Elles valident un acte qui était, en vertu de la loi ancienne, nul au moment de son accomplissement.

Exemple 1 : une loi valide les résultats d'un concours qui s'est déroulé irrégulièrement.

Exemple 2 : article 102, IV de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : « Sont validées, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les autorisations d'exploitation d'équipements commerciaux délivrées jusqu'au 1er janvier 2009, en tant qu'elles seraient contestées par le moyen tiré du caractère non nominatif de l'arrêté préfectoral fixant la composition de la commission départementale d'équipement commercial ayant délivré l'autorisation ».

- **Les lois interprétatives :**

Elles éclairent le sens d'une loi déjà existante. Se bornant à préciser le sens d'une loi antérieure, on considère fictivement que la loi interprétative est entrée en vigueur en même temps que la loi interprétée.

Exemple 1 : une loi du 25 juin 1982 est venue interpréter la réforme de la filiation de 1972 en précisant que la filiation pouvait s'établir par possession d'état.

Exemple 2 : une loi du 30 décembre 2002 a précisé que la loi du 4 mars 2002 ayant modifié le régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale devait s'appliquer aux accidents survenus après le 5 septembre 2001. La Cour de cassation a fait rétroagir ce texte en jugeant qu'il s'agissait d'une loi interprétative²⁶.

²⁶ Civ. 1, 18 octobre 2005, Bull. Civ. I n° 365.

a) Le contrôle des lois rétroactives par les juges

La **Cour européenne des droits de l'homme** limite le pouvoir du législateur d'élaborer des lois rétroactives, notamment lorsque ce faisant, il s'immisce dans l'administration de la justice pour influencer sur le dénouement d'un litige. Tel est le cas lorsque, souhaitant combattre une jurisprudence, il adopte une loi en précisant qu'elle s'appliquera « aux instances en cours » (ce qui revient en réalité à faire produire à la loi un effet rétroactif puisqu'elle s'appliquera à des faits par hypothèse commis antérieurement).

La CEDH justifie ce contrôle par le principe de « **prééminence du droit** » (respect du principe de séparation des pouvoirs législatif et judiciaire) et la notion de **procès équitable** (principe de sécurité juridique) garantis par l'art. 6 Conv.EDH²⁸. La validité d'une loi qui brise une jurisprudence n'est admise qu'à deux conditions : la rétroactivité doit d'abord répondre à un « impérieux motif d'intérêt général » ; elle doit ensuite être « proportionnée » à cet impérieux motif d'intérêt général²⁹.

Les juges internes, en opérant le **contrôle de conventionalité des lois**, exercent le même contrôle. Ils peuvent ainsi écarter l'application d'une loi rétroactive, lorsqu'elle est incompatible avec les exigences posées par la Conv.EDH, notamment le principe de prééminence du droit et le droit à un procès équitable³⁰.

b) Le contrôle des lois rétroactives par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des lois rétroactives à la Constitution. Il a dégagé des principes identiques à ceux de la Conv.EDH qui lui permettent de contrôler le bien-fondé de la rétroactivité d'une loi, tel le **droit à un recours juridictionnel effectif** ou encore le **droit à un procès équitable**, en se fondant sur l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³¹. Il ne valide que les lois rétroactives qui présentent un « motif d'intérêt général suffisant »³².

²⁸ CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal, Gonzales et autres c/ France, Rec. 1999-VII/95, § 57, RTDCiv. 2000 p. 436, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁹ V. Par exemple CEDH, 9 janvier 2007 (9 arrêts), RDC 2007. 477, obs. A. Debet : un motif financier n'est pas un impérieux motif d'intérêt général pouvant justifier la rétroactivité d'une loi.

³⁰ V. par exemple l'affaire de la révision du loyer du bail commercial : Ass. Pl., 23 janvier 2004, Bull A P n° 2.

³¹ Art. 16 DDHC : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

³² Conseil Constitutionnel, 18 décembre 2001, D. 2002, som. 1953, obs. D. Ribes ; 18 décembre 1998, DC Rec. 315.

Conclusion : Tableau synthétique de la résolution des conflits de lois dans le temps

	Non-rétroactivité de la loi	Application immédiate de la loi
Principe	Non-rétroactivité de la loi nouvelle (art. 2 du code civil : « la loi n'a point d'effet rétroactif »)	Application immédiate de la loi nouvelle (art. 2 du code civil : « la loi ne dispose que pour l'avenir »)
Exceptions	Lois rétroactives : - lois expressément rétroactives - lois de validation - lois interprétatives - lois pénales plus douces	En matière contractuelle : principe de survie de la loi ancienne
Exceptions à l'exception		Application immédiate de la loi nouvelle en matière contractuelle : - <u>du fait du législateur</u> : loi contenant une disposition expresse qui prévoit son application immédiate aux contrats en cours - <u>du fait du juge</u> : loi présentant un caractère d'ordre public particulièrement impérieux

FICHE 17 : L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS

La jurisprudence n'est pas immuable ; elle peut changer par l'effet d'un revirement de jurisprudence. Dans notre système juridique français – contrairement au droit de *Common law* par exemple – le juge n'est pas tenu par la règle du précédent. La question se pose alors de déterminer les modalités d'application d'un revirement de jurisprudence dans le temps. La chronologie des événements susceptible de créer une difficulté d'application de la jurisprudence dans le temps est la suivante :

- **Une situation juridique se déroule sous l'empire d'une jurisprudence.** A cette époque, la situation juridique est conforme à la jurisprudence.

Exemple : un médecin gynécologue suit la grossesse d'une patiente et l'assiste lors de l'accouchement (situation juridique). A cette époque, la jurisprudence considère que les médecins sont tenus d'une obligation d'information sur les seuls risques exceptionnels encourus par leurs patients (jurisprudence ancienne). En l'espèce, le médecin informe sa patiente sur les risques exceptionnels liés à l'accouchement (situation juridique conforme à la jurisprudence ancienne).

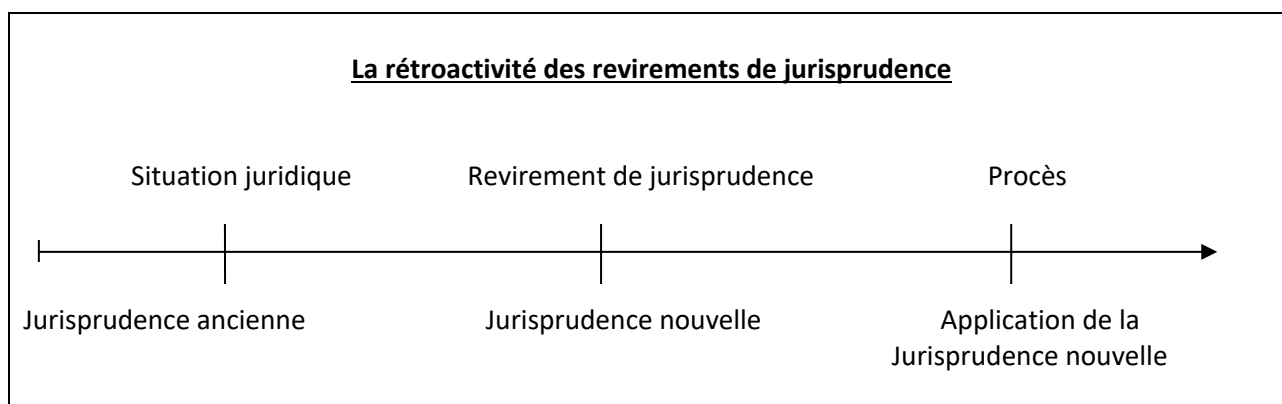
- Puis **les juges opèrent un revirement de jurisprudence.**

Exemple : la Cour de cassation juge que les médecins sont tenus d'informer leurs patients sur tous les risques, mêmes normaux, liés à une intervention médicale (revirement de jurisprudence).

- La situation juridique donne lieu à un **procès**.

Exemple : à la suite de complications lors de l'accouchement, l'enfant naît avec de graves séquelles. La patiente décide alors de poursuivre le médecin en justice et engage sa responsabilité, sur le fondement de l'inexécution de son obligation d'informer sur les risques normaux, afin d'obtenir indemnisation de son préjudice. Un procès s'ouvre.

Question relative à l'application de la jurisprudence dans le temps : les juges saisis de ce litige doivent-ils appliquer la jurisprudence ancienne ou la jurisprudence nouvelle issue du revirement ? Dans le premier cas, ils ne condamneraient pas le médecin qui s'est conformé à l'état du droit en vigueur au moment où la situation juridique s'est déroulée ; dans le second cas, le médecin serait condamné puisqu'il n'a pas informé sa patiente conformément au revirement de jurisprudence. Pour surprenant que cela puisse paraître, le principe réside dans la **rétroactivité des revirements de jurisprudence**. En l'espèce, le médecin encourt donc une sanction.



Il faut expliquer la rétroactivité de la jurisprudence (I), avant d'observer que, sous l'effet du développement des droits fondamentaux, cette solution a fait l'objet d'évolutions (II).

I. LE PRINCIPE : LA RÉTROACTIVITÉ DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

Un revirement de jurisprudence est par nature rétroactif. Plusieurs arguments permettent de justifier ce caractère (A), même si ses conséquences sont contestables (B).

A. Fondements de la rétroactivité

Deux arguments principaux fondent le caractère rétroactif de la jurisprudence. Un revirement de jurisprudence consiste d'abord en une modification de **l'interprétation du droit**. Comme tout ce qui relève du phénomène de l'interprétation (cf. le caractère rétroactif des lois interprétatives), il est par nature rétroactif : l'interprétation fait en effet « corps » avec ce qui est interprété et on considère fictivement que l'interprétation nouvelle s'applique depuis l'origine de ce qui est interprété. Ensuite, la jurisprudence a un **caractère déclaratif** et non constitutif : on considère que le juge constate un état de droit préexistant qui a toujours existé ; il ne constitue pas un nouvel ordre des choses.

Les revirements de jurisprudence s'appliquent donc en principe à des faits antérieurs. On cite souvent à titre d'illustration **l'arrêt du 9 octobre 2001** – auquel sont empruntés les faits qui ont servi d'exemple ci-dessus – dans lequel un médecin est condamné pour inexécution de son obligation d'information sur les risques exceptionnels liés à un accouchement alors même qu'à l'époque des faits, le médecin n'y était pas tenu ! La Cour de cassation rappelle que « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et que nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* »³³. La solution est sujette à la critique.

³³ Civ. 1, 9 octobre 2001, Bull. Civ. I n° 249.

B. Critiques de la rétroactivité

Plusieurs critiques peuvent être avancées. Tout d'abord, **l'article 2 du code civil** interdit la rétroactivité de principe s'agissant des lois. N'est-il pas alors paradoxal que le juge, alors même qu'il est inférieur au législateur dans la hiérarchie des normes, puisse faire ce que le législateur ne peut pas (sauf exception) ? Ensuite, la rétroactivité des revirements revient à appliquer à un justiciable une solution qu'il ne pouvait pas connaître à l'époque des faits, ce qui paraît très **injuste**. Plus encore, la solution revient à condamner un justiciable, alors même qu'il s'est conformé aux règles de droit existant à l'époque des faits. La rétroactivité des revirements heurte donc la **sécurité juridique** en déjouant les prévisions des justiciables. Enfin, elle paraît difficilement compatible avec les droits fondamentaux, notamment le droit à un **procès équitable** garanti par la Conv. EDH (article 6§1).

Ce dernier argument doit toutefois être relativisé. En effet, dans plusieurs décisions, la CEDH a admis la rétroactivité des revirements de jurisprudence, en ne jugeant pas qu'elle était contraire à la Conv.EDH. Par exemple, la CEDH n'a pas sanctionné la France alors même que la Cour de cassation avait appliqué un revirement de jurisprudence de manière rétroactive (CEDH, 26 mai 2011, Legrand c/ France). La CEDH n'y a pas vu une atteinte au procès équitable, alors même que la victime d'une infection nosocomiale avait perdu son droit à indemnisation devant la Cour de cassation qui a fait une application rétroactive d'un revirement de jurisprudence ayant modifié les règles du jeu procédural (V. aussi CEDH, 9 septembre 2011, Boumaraf c/ France).

Ces critiques ont malgré tout emporté la conviction d'une partie de la doctrine qui a prôné la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence.

II. LA NUANCE : LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

Sous l'impulsion de la doctrine (A), la modulation des effets dans le temps des revirements de jurisprudence a été retenue par la Cour de cassation dans certaines hypothèses (B).

A. L'impulsion doctrinale

Un groupe de travail a mené une réflexion sur la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence, sous la direction du professeur **Nicolas Molfessis**. Ce groupe a remis un rapport au premier Président de la Cour de cassation le **30 novembre 2004**.

Si la rétroactivité n'est pas entièrement remise en cause, le rapport propose toutefois un aménagement de cette solution dans certains cas, en préconisant la solution du **revirement pour l'avenir** (la solution issue du revirement de jurisprudence serait applicable aux seuls faits postérieurs à celui-ci). Il propose ainsi de moduler dans le temps les effets d'un revirement, en lui faisant produire

ses effets seulement dans l'avenir – c'est-à-dire pour des faits postérieurs – dès lors que la rétroactivité aurait des conséquences néfastes. Tel est le cas, selon le rapport, du revirement qui déjoue les anticipations légitimes des justiciables ou encore de celui pour lequel un impérieux motif d'intérêt général exige que l'on déroge à la rétroactivité.

Le rapport préconise de laisser à la Cour de cassation le choix de moduler ou non les effets du revirement dans le temps, selon les circonstances du litige.

B. La réaction jurisprudentielle

La Cour de cassation a retenu la solution du revirement pour l'avenir (1) en la limitant (2).

1- La consécration du revirement pour l'avenir

Dans un arrêt du 8 juillet 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a procédé pour la première fois à un revirement pour l'avenir (quelques mois avant la remise officielle du rapport Molfessis mais celui-ci était déjà connu de la Cour de cassation...), en jugeant que « *l'application immédiate de [la nouvelle jurisprudence] dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». La chambre sociale, dans un arrêt du 17 décembre 2004, a justifié l'application rétroactive d'une nouvelle solution jurisprudentielle (les clauses de non-concurrence ne sont valables que si elles s'accompagnent d'une contrepartie financière au profit du salarié) par « *l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'efficacité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle* ». *A contrario*, il faut en déduire qu'en l'absence d'une telle impérieuse nécessité, la Cour de cassation aurait modulé les effets du revirement en écartant la rétroactivité.

L'admission du revirement pour l'avenir a finalement été entérinée par l'**Assemblée Plénière** de la Cour de cassation, dans un arrêt du **21 décembre 2006**, dans lequel elle a refusé d'appliquer rétroactivement l'interprétation nouvelle d'une règle de prescription de l'action civile en matière d'atteinte à la présomption d'innocence. Elle a énoncé que « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge* ». Cette dernière référence à l'accès au juge se rapporte au mode opératoire de la prescription : la rétroactivité du revirement de jurisprudence aurait conduit le juge à devoir déclarer l'action du demandeur prescrite, et donc refuser d'examiner sa requête sur le fond. Le droit d'accès au juge aurait été malmené par la rétroactivité.

La question se posait alors de déterminer l'étendue de la modulation dans le temps des effets des revirements.

2- La limitation du revirement pour l'avenir

Par deux arrêts du **11 juin 2009**, la première chambre civile de la Cour de cassation a toutefois restreint le champ d'application du revirement pour l'avenir, en jugeant que « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge* ». Elle a ainsi condamné un médecin qui avait soigné une patiente pour des varices, dont le traitement était à l'origine de la contamination de cette patiente par le virus de l'hépatite C. La Cour de cassation fonde la responsabilité du médecin sur l'inexécution d'une obligation de sécurité de résultat, alors même qu'à l'époque des faits, la jurisprudence ne mettait à charge du médecin qu'une obligation de sécurité de moyens.

La Cour de cassation réserve le revirement pour l'avenir aux hypothèses dans lesquelles la rétroactivité prive le demandeur du droit d'accès à un juge. Dans les autres hypothèses, la rétroactivité devrait produire pleinement ses effets, quitte à malmener le droit à un procès équitable. L'accès au juge serait alors la seule cause de revirement pour l'avenir. Voilà qui restreint la solution nouvelle, car, en dehors de l'hypothèse de la prescription (et de la forclusion), on voit mal comment la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence pourrait conduire à priver la victime de l'accès à un juge.

Conclusion :

Conséquences du revirement pour l'avenir sur les rôles du juge et du législateur

Les rôles respectifs du juge et du législateur sont bousculés. Le revirement pour l'avenir revient en effet à admettre que le juge puisse dégager une règle générale et abstraite : il énonce une solution qu'il n'appliquera pas au litige pour lequel il est saisi, et son arrêt contraindra les juges à suivre pour l'avenir la nouvelle règle posée. Plus encore, elle sera peut-être amenée à fixer expressément la date d'entrée en vigueur de sa nouvelle jurisprudence. N'est-ce pas là lui permettre de rendre un arrêt de règlement pourtant interdit par l'article 5 du code civil ? La solution paraît également remettre en cause la nature déclarative de la jurisprudence. Ne peut-on pas considérer ici que la jurisprudence est constitutive de droit et que – loin de se contenter d'interpréter un texte de loi – elle est créatrice de droits à partir d'une date qu'elle fixe, indépendamment de l'entrée en vigueur de la loi interprétée ?

FICHE 18 : LA CHARGE DE LA PREUVE

La preuve peut être définie comme « la démonstration de l'existence d'un fait (matérialité du dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises ou requises par la loi » (Vocabulaire juridique G. Cornu, ass. H. Capitant, v° preuve). Domat (17^{ème} siècle) disait « La preuve est le moyen de persuader l'esprit d'une vérité ».

La preuve peut intervenir à **deux stades différents**. Elle peut d'abord être vue dans la perspective d'un procès (exemple : le propriétaire d'un véhicule établit par écrit la liste des travaux de réparation dont il confie la réalisation à un garagiste), c'est-à-dire **en amont du procès** afin d'éviter un conflit ultérieur : une preuve préventive en quelque sorte.

Mais la preuve est essentiellement liée au procès et intervient **au cours de celui-ci**, afin d'obtenir gain de cause devant le juge. Elle est fondamentalement liée à l'hypothèse du conflit. Elle sert à emporter la conviction du juge, dans un sens ou dans un autre. Elle constitue donc la clé principale du procès, comme le soulignait Pothier à qui l'on doit la formule célèbre suivante : « qui n'a de preuve n'a de droit ». C'est en effet presque la même chose de ne pouvoir prouver son droit devant le juge que de n'en avoir aucun.

Le droit de la preuve oscille entre deux objectifs difficilement compatibles : **la recherche de la vérité et l'exigence de sécurité juridique**. Tandis que la recherche de la vérité postule d'admettre le plus grand nombre de modes de preuve possibles – et d'en tirer les conséquences juridiques –, la sécurité implique de ne pas remettre en cause trop aisément les situations juridiques déjà constituées. La problématique du droit de la preuve est alors la recherche du juste équilibre entre ces deux objectifs.

La première question à se poser concernant la preuve est celle relative à la charge de la preuve. Elle revient à poser la question : **Qui doit prouver ?**

Il y a un principe (I) et des exceptions (II).

I. LE PRINCIPE

La charge de la preuve n'incombe pas au juge en droit civil français car la procédure est accusatoire (A) ; elle incombe donc aux parties, et plus particulièrement au demandeur (B).

A. La procédure accusatoire du droit civil

Il s'agit d'abord de déterminer qui du juge ou des parties doit apporter les éléments de preuve au procès.

On distingue 2 systèmes :

- **Le système inquisitoire** dans lequel c'est le juge qui conduit le procès ; c'est lui qui réunit les éléments de preuve. Tel est le cas, par exemple en droit administratif ou en droit pénal.
- **Le système accusatoire** où le procès est la « chose » des parties ; ce sont elles qui doivent rapporter la preuve de ce qu'elles avancent.

Tel est le cas du droit civil. L'article 9 du code de procédure civile dispose qu'il « incombe à chaque partie de prouver... ». Le juge attend donc qu'on lui apporte les éléments de preuve, ce n'est pas à lui de chercher la preuve de tel ou tel fait allégué. On relèvera l'opposition du droit français par rapport au système anglo-saxon où le juge écoute chaque partie et choisit l'affirmation qui lui semble la plus convaincante.

Toutefois, le juge n'a pas un rôle totalement passif. L'article 10 du code de procédure civile permet au juge « d'ordonner d'office toutes mesures d'instruction légalement admissibles ». Cette possibilité est cependant encadrée par l'article 146 du même code qui précise qu'« une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucune cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Les juges du fond qui estiment qu'une partie n'apporte aucun élément à l'appui de ses prétentions font à bon droit application de ce texte³⁴.

Il incombe donc aux parties de rapporter la preuve de leurs allégations. Mais quelle partie a la charge de la preuve ?

B. Quelle partie au procès ?

Il s'agit ensuite de déterminer laquelle des deux parties au procès doit fournir la preuve. L'issue du procès en dépend, et l'expression « fardeau de la preuve » – également utilisée pour désigner la charge de la preuve – souligne l'importance de l'enjeu qui lui est attaché.

Le **principe** est énoncé à l'article 1353 alinéa 1^{er} du code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Autrement dit, il revient à celui qui allègue des faits d'apporter la preuve de ses affirmations. Cette règle est assez conservatrice car elle revient à présumer que l'état des choses existant est conforme au droit. Dans ces conditions, c'est à celui qui veut combattre cet état des choses de rapporter la preuve de ce qu'il infirme. Ce principe justifie par exemple que la preuve de l'existence

³⁴ Soc., 7 octobre 1982, Bull. Civ. V n° 540.

d'un contrat incombe à celui qui s'en prévaut³⁵. De même, il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance qu'il réclame à son client emprunteur.

Ce premier alinéa doit être complété par le **corollaire du principe**, énoncé à l'**article 1353 alinéa 2 du code civil** : « *Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». C'est ainsi qu'un débiteur peut refuser de payer son créancier en prétendant avoir déjà exécuté son obligation au profit de celui-ci. Il se prétend « libéré » comme dit le texte de son obligation et doit apporter la preuve de l'exécution de celle-ci.

On dit alors que **le risque de la preuve** incombe à celui qui en a la charge : l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent en effet être nécessairement retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve³⁶.

Exemple 1 : Civ. 1^{ère}, 21 mars 2006

Une cliente passe une commande. Le vendeur lui demande paiement. Elle refuse, prétendant que la chose livrée ne correspond pas à la chose commandée. Le vendeur l'assigne en justice. La cour de cassation rappelle que la charge de la preuve de la conformité de la chose par rapport à la commande pèse sur le vendeur qui a assigné l'acheteur en justice.

Exemple 2 : Civ. 1, 19 février 2013

La Cour de cassation juge que la preuve d'une créance correspondant à la réalisation de travaux pèse sur celui qui a réalisé les travaux. Il incombe ainsi à celui qui a réalisé des travaux de prouver que le débiteur les a préalablement acceptés. La charge de la preuve pèse sur celui qui réclame le paiement.

Exemple 3 : Soc., 13 avril 2023

Une société confie la gérance d'un commerce alimentaire à un couple. Après avoir constaté un déficit d'inventaire important, la société met fin au contrat. Les gérants contestent cette rupture contractuelle pour faute. Les juges du fond procèdent à un inversement de la charge de la preuve en relevant que les gérants ne rapportent aucun élément de nature à expliquer le déficit relevé par l'employeur. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel ; elle rappelle que la preuve de la faute des gérants pesait en l'espèce sur la société qui se prévalait de la rupture contractuelle pour faute.

³⁵ Civ. 3, 18 février 1981, Bull. Civ. III n° 36.

³⁶ Soc., 31 janvier 1962, Bull. Civ. V n° 105 ; 15 octobre 1964, Bull. Civ. V n° 678.

II. LES EXCEPTIONS

Dans certaines hypothèses, la loi ou la jurisprudence opère un **renversement de la charge de la preuve**, afin de protéger la partie qui, en application du principe, aurait eu à charge de rapporter une preuve difficile – voie impossible.

Il y a alors inversion du principe. La charge de la preuve pèse alors sur le défendeur. Ces hypothèses se rencontrent en cas de présomptions légales (A) et de renversement judiciaire de la charge de la preuve (B).

A. Les présomptions légales

Les présomptions légales sont imposées par la loi au juge (article 1354 du code civil). Ce sont les indices sur lesquels il se fonde pour déduire la solution du litige qui lui est soumis. On peut définir les présomptions légales comme les conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Exemple : la présomption de paternité

L'art. 312 du code civil pose une présomption de paternité du mari de la femme qui accouche : « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». A partir d'un fait connu (mari), on en déduit un fait inconnu (père).

Par-là, la loi pose une règle relative à la charge de la preuve, laquelle opère un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, les présomptions, qui se présentent comme un mode de raisonnement fondé sur la logique, la déduction, sont des règles relatives à la charge de la preuve auxquelles le juge doit se conformer. L'article 1354 du code civil précise en ce sens que la présomption légale « *dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve* ».

Reste alors à savoir si l'on peut faire la preuve contraire des présomptions. La réponse varie selon les hypothèses :

- Les présomptions **simples** peuvent être contredites par la preuve contraire, par tous moyens. C'est le cas de la présomption de paternité ; l'amant de la mère peut par exemple renverser la présomption en rapportant la preuve de sa paternité. C'est également le cas de l'art. 2274 du code civil qui dispose que « *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* ».
- Les présomptions **mixtes** peuvent être contredites mais pas par tous moyens. Exemple : l'art. 1402 du code civil prévoit que dans le régime matrimonial de la communauté légale, tout bien acquis postérieurement au mariage est réputé être un bien commun aux deux époux sauf si l'un d'eux rapporte la preuve qu'il s'agit d'un bien

propre (la présomption peut être renversée). Toutefois l'article précise que cette preuve doit impérativement être rapportée par écrit (mais pas par tous moyens).

- Les présomptions **irréfragables** prévues par le législateur ne peuvent pas être remises en cause. Elles sont très rares. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » en fournit une illustration, de même que l'art. 911 du code civil qui frappe de nullité toute libéralité faite au profit d'une personne incapable (la Cour de cassation y voit une présomption irréfragable depuis Civ. 22 janvier 1884).

B. Le renversement judiciaire de la charge de la preuve

Dans d'autres hypothèses, c'est le juge qui renverse la charge de la preuve, dans le but de faciliter le procès de certaines victimes qui auraient des difficultés à rapporter la preuve de leurs allégations (1). Dans certains cas, la preuve apparaît même comme quasi impossible à rapporter (2).

1- La preuve difficile

Dans certains cas, la Cour de cassation a opéré un renversement de la charge de la preuve pour voler au secours des victimes pour lesquelles la preuve est particulièrement difficile à rapporter. Il en est ainsi lorsque les moyens de preuve ne sont que difficilement accessibles aux victimes parce qu'ils sont en possession du défendeur.

Exemple : Civ. 1, 21 octobre 2020

Une personne achète un billet d'avion. L'avion arrive à destination avec quatre heures de retard. La passagère assigne la compagnie aérienne en indemnisation. Les juges du fond la déboutent en relevant qu'elle ne rapporte pas la preuve d'être montée à bord, et donc d'avoir subi le préjudice lié au retard. Elle forme un pourvoi en cassation. Elle soutient que les juges ont inversé la charge de la preuve et que, la compagnie d'aviation étant la seule à détenir le listing des passagers ayant embarqué, la charge de la preuve de l'absence des passagers à bord devait lui revenir. La Cour de cassation se laisse convaincre par cette argumentation et juge que l'acheteur d'un billet d'avion n'a pas la charge de la preuve de sa présence à bord en cas de demande d'indemnisation liée au retard de l'avion. Il s'agit d'une solution favorable à l'acheteur qui ne dispose que peu de moyens de rapporter une telle preuve, contrairement à la compagnie d'aviation.

2- La preuve impossible

Lorsque l'objet de la preuve porte sur un **fait négatif**, celle-ci devient quasiment impossible à rapporter. Comment en effet prouver un fait qui n'a pas eu lieu, qui n'a pas existé ? Dans ces cas de figure, la Cour de cassation opère un renversement de la charge de la preuve.

Exemple 1 : Civ. 1^{ère}, 25 février 1997

En matière médicale, la Cour de cassation juge que c'est à celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une **obligation d'information** qu'il incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation. En l'espèce, c'est donc au médecin de prouver qu'il a informé son patient. Pourtant, c'est bien le patient – victime – qui assigne le médecin afin d'obtenir réparation d'un préjudice subi à l'occasion d'un acte médical. L'application de l'art. 1353 C. civ. aurait dû conduire à faire reposer la charge de la preuve sur ses épaules. Mais comment prouver qu'on n'a pas été informé ? La Cour de cassation a opéré un renversement de la charge de la preuve, afin de faciliter le procès au profit de la victime.

Exemple 2 : Civ. 1, 17 juin 2010

Un malade, hospitalisé dans plusieurs établissements, est contaminé par une infection nosocomiale. Selon un rapport d'expert, il est impossible de dire avec précision quel établissement est à l'origine de la contamination (hésitation entre deux). La Cour de cassation opère un renversement de la charge de la preuve et juge que lorsque la preuve de l'infection est rapportée mais qu'on ne peut identifier le lieu de contamination, c'est à l'établissement médical de prouver que la contamination n'est pas de sa faute.

FICHE 19 : LES MODES DE PREUVE

La preuve soulève une troisième question, relative aux modes de preuve. On désigne par l'expression « modes de preuve » les règles qui répondent à la question : **Comment prouver ?**

Listons les différents modes de preuve existants (I), avant d'exposer les règles qui gouvernent l'administration de la preuve, c'est-à-dire les règles qui organisent la production en justice de ces éléments (II).

I. LES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE

Les modes de preuve désignent les **procédés qui peuvent être utilisés à titre de preuve**. On en distingue deux catégories : la preuve par écrit (A) et les autres modes de preuve (B).

Ces différents modes de preuve ne présentent pas tous même « **force probante** », c'est-à-dire la **capacité** à établir la vérité et ainsi à **emporter la conviction du juge**. Ainsi, la preuve par écrit possède une force probante plus importante qu'une preuve par témoignage. On tient compte, en effet, d'un possible mensonge, d'un oubli, d'une erreur du témoin. Pour chaque mode de preuve, la force probante sera indiquée.

A. La preuve par écrit

La preuve par écrit est envisagée par les art. 1363 et suivants du code civil. Il faut d'abord présenter la notion d'écrit (1) avant de traiter en particulier des actes authentiques (2) et des actes sous signature privée (3).

1- La notion d'écrit

La loi du 13 mars 2000, modifiée par l'ordonnance du 10 février 2016, a donné une **définition** de l'écrit : l'article 1365 du code civil dispose ainsi que « *l'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support* ».

L'écrit, en droit, ne nécessite donc pas l'emploi de lettres. Tous les signes ou symboles peuvent être utilisés dès lors qu'ils sont intelligibles. En outre, le support de l'écrit est indifférent : support papier ou électronique. L'art. 1366 du code civil dispose ainsi que « *l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

L'écrit, pour constituer une preuve parfaite, doit comporter la **signature des parties**. Cette exigence ressort de l'article 1367 du code civil en vertu duquel « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* ». L'écrit tire donc sa force probante de la signature des parties. Elle n'est pas définie matériellement mais par sa fonction d'identification de celui qui l'appose. La jurisprudence a pu ainsi juger que ne constituait pas une signature le tracé d'une croix³⁷.

La réforme de 2000 a intégré dans le code civil la validité de la **signature électronique**. L'alinéa 2 de ce même article poursuit ainsi : « *Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». La signature est donc aujourd'hui détachée de l'écriture. Lorsqu'elle est électronique, elle est valable à deux conditions :

- Que puisse être dûment identifiée la personne dont l'écrit électronique émane.
- Que l'écrit électronique soit conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Exemple 1 : Com., 8 décembre 2015

La Cour de cassation admet la preuve du respect d'un délai de préavis par une entreprise ayant rompu une relation commerciale, par capture d'écran.

Exemple 2 : Civ. 1, 7 octobre 2020

La Cour de cassation admet la preuve de la conclusion d'un contrat d'agent sportif rapportée par un échange de mails entre les parties.

Exemple 3 : Com., 27 novembre 2024, n°23-10.433

Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet que des mails rédigés en langue anglaise puissent être retenus comme éléments de preuve, même sans traduction française, dès lors que le juge en comprend le sens. La solution est opportune, tant la langue anglaise est une pratique courante dans les relations d'affaires, notamment internationales. Rappelons en outre que l'Ordonnance de Villers-Cotterêts, qui impose la langue française, ne s'applique qu'aux actes de procédure.

³⁷ Civ. 1, 15 juillet 1957, Bull. Civ. I n° 331.

En revanche, la signature « scannée », qui n'identifie pas son auteur avec suffisamment de certitude, ne remplit pas les conditions de l'art. 1367 (Cass. Com., 13 mars 2024, n°22-16.487). La signature scannée n'a donc pas la même portée qu'une signature électronique, en ce qu'elle n'offre pas la même fiabilité quant à l'identification de son auteur.

2- Les actes authentiques

Les actes authentiques sont définis par l'**article 1369 du code civil** : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ». L'al. 2 poursuit : « *Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

L'acte authentique est donc celui qui est établi par un officier public et qui est soumis à des formalités de rédaction particulières.

Exemple : article 34 du code civil : « *Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms et nom de l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, professions et domiciles de tous ceux qui y seront dénommés. Les dates et lieux de naissance : a) Des parents dans les actes de naissance et de reconnaissance ; b) De l'enfant dans les actes de reconnaissance ; c) Des époux dans les actes de mariage ; d) Du décédé dans les actes de décès, seront indiqués lorsqu'ils seront connus. Dans le cas contraire, l'âge desdites personnes sera désigné par leur nombre d'années, comme le sera, dans tous les cas, l'âge des déclarants. En ce qui concerne les témoins, leur qualité de majeur sera seule indiquée* ».

La valeur probante de l'acte authentique est extrêmement forte, car il est établi par un tiers présumé de bonne foi. Il fait foi des mentions qu'il contient jusqu'à inscription en faux en écriture publique. L'inscription en faux en écriture publique est une procédure visant à vérifier que l'acte soumis au juge n'est pas un faux. Si l'inscription en faux est reconnue, la valeur de l'acte est alors nulle.

3- Les actes sous signature privée

Les actes sous signature privée (anciennement « sous seing privé ») sont des **écrits qui sont établis et signés par les parties elles-mêmes**, et non par un officier public. Par exemple, lorsque deux parties concluent un contrat de bail portant sur un appartement dont la première est propriétaire, leur acte constitue un acte sous signature privée. Il ne requiert ni l'intervention d'un notaire, ni celle d'un avocat ou autre professionnel du droit. Dans la vie courante, la plupart des contrats prennent cette forme.

Ce n'est pas dire cependant qu'ils ne sont soumis à aucune exigence de forme. Ainsi dans le cas des contrats synallagmatiques (c'est-à-dire ceux qui créent des obligations réciproques), l'article 1375 du code civil impose qu'il soit établi autant d'originaux que de parties qui s'obligent. S'agissant des

contrats électroniques, le texte précise toutefois que « *l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366 et 1367 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès* ».

Autre exemple, en matière d'acte unilatéral (qui ne crée d'obligations qu'à la charge d'une seule partie), l'article 1376 du code civil impose que le titre comporte la signature de celui qui s'engage ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. C'est ainsi que celui qui s'engage comme caution d'un débiteur (c'est-à-dire celui qui s'engage à payer à la place du débiteur défaillant) doit écrire la somme à laquelle il s'engage en toutes lettres et en chiffres.

L'acte sous signature privée tire sa **force probante** de la **signature des parties**. L'article 1372 du code civil prévoit que « *l'acte sous signature privée, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause* ».

Entre les parties, l'acte sous signature privée possède donc la même force probante qu'un acte authentique, à la condition de ne pas être contesté. Si une des parties conteste sa signature, le juge procédera à une vérification d'écriture, en application de l'article 1324 du code civil.

A l'égard des tiers, sa force probante est plus limitée puisqu'il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire :

- De son contenu ;
- De son origine ;
- De la date. La date est cependant certaine dans trois cas prévus par l'article 1377 du code civil : l'enregistrement administratif, la mort de l'une des parties (l'acte n'a pas pu être établi après sa mort) et la constatation de l'existence de l'acte dans un acte authentique ;
- De la signature des parties.

Un acte sous signature privée qui ne remplit pas toutes les conditions de forme (signature manquante, date oubliée, ...) ne perd cependant pas toute sa valeur probante. En effet celui-ci n'aura plus la valeur probante de l'acte sous signature privée mais il pourra constituer ce que l'on appelle un commencement de preuve par écrit qui ouvre à son bénéficiaire les possibilités de la preuve libre pour confirmer ce qui est contenu dans cet acte.

B. Les autres modes de preuve

Les autres modes de preuve résident dans le témoignage (1), l'aveu (2), le serment (3), les présomptions judiciaires (4).

1- Le témoignage

Le témoignage est la **déclaration d'un tiers qui atteste la réalité d'un fait**, rapportée lors d'un procès, d'après des formes particulières prévues par le code de procédure civile. Le témoignage peut être fait par écrit (attestation), sur papier libre ou suivant un formulaire spécifiquement établi à cet effet (Cerfa n° 11527-02) ; il peut également être fait par oral.

En principe, le témoignage ne doit porter que sur des faits dont le témoin a eu personnellement connaissance. La connaissance de faits relatés par le témoin qui se reposerait sur des simples ouï-dire rendrait la preuve trop incertaine : cette preuve « par commune renommée » est donc en principe écartée.

Le témoignage doit seulement confirmer des faits, sans affirmer des liens de cause à effet.

Exemple : en cas d'écoulement d'eau de pluie dans une maison, on peut témoigner que « des tuiles manquent à la toiture », et que « les murs sont mouillés ». Le témoignage ne doit en revanche pas affirmer des liens de cause à effet, tels que « les tuiles manquantes rendent les murs humides ».

Le juge n'est pas lié par un témoignage, dont la **force probante est relative**. Cette force probante relative est justifiée par **l'incertitude** de ce mode de preuve, liée à la déformation possible des faits par le témoin, voire à la subordination dont il peut être l'objet ou même au mensonge.

Le juge en apprécie donc la portée souverainement et se détermine selon les circonstances, en tenant compte de différents indices liés à la personne du témoin (membre de la famille ou tiers extérieur, âge, crédibilité qui peut lui être accordée, etc.).

2- L'aveu

L'aveu est, selon l'art. 1383 al. 1^{er} du code civil, une déclaration par laquelle l'une des parties au procès reconnaît pour vrai, de manière non équivoque, un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre elle. L'art. 1383 al. 2 du code civil distingue deux types d'aveu.

a) L'aveu judiciaire (art. 1383-2 du code civil)

L'aveu judiciaire intervient au cours du procès et devant le tribunal qui est appelé à trancher le litige. Il présente deux caractéristiques.

Il est en principe **irrévocable**, ce qui signifie que son auteur ne peut se rétracter au motif qu'il aurait changé d'avis ou commis une erreur de droit qui ne lui aurait pas permis de mesurer les conséquences juridiques de son acte. La révocation de l'aveu est en revanche possible en cas d'erreur de fait.

Il est **indivisible**, ce qui signifie qu'il est impossible pour celui qui s'en prévaut d'opérer un tri entre les éléments de l'aveu pour n'en retenir que certains.

La **force probante** de l'aveu judiciaire est **absolue**, il constitue une **preuve complète** et le juge est obligé de tenir pour exacts les faits avoués (article 1356 du code civil).

b) L'aveu extra-judiciaire (art 1383-1 du code civil)

L'**aveu extra-judiciaire** intervient en dehors de toute instance ou au cours d'un autre procès que celui qui oppose les plaideurs. Sa force probante varie selon qu'il est fait par écrit ou par oral.

S'il est fait par **écrit**, et qu'il est signé, il vaut comme preuve littérale.

S'il est fait par **oral**, sa force probante est relative : il ne fait qu'informer le juge qui n'est pas tenu par cet aveu.

3- Le serment

L'art. 1384 du code civil distingue le serment décisoire et le serment déféré d'office.

a) Le serment décisoire

Le **serment décisoire**, organisé par les articles 1385 et suivants du code civil, est un **serment fait par l'une des parties à la demande de l'autre**. Il décide de la solution de litige, d'où son nom.

Exemple 1 : un débiteur, incapable de prouver qu'il a bien remboursé sa dette, peut demander à son créancier de faire serment de ne jamais avoir été remboursé.

Exemple 2 : un plaideur, qui ne parvient pas à prouver l'existence d'un fait, défère le serment à son adversaire : il lui demande de jurer que le fait est inexact. Il s'en remet ainsi à l'honnêteté de son adversaire.

Ce serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et il appartient aux juges du fond d'apprécier si le serment demandé est ou non nécessaire (Soc., 17 novembre 1983). Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. S'agissant du serment déféré à une personne morale, celui-ci ne peut toutefois l'être qu'au représentant légal de celle-ci (Com., 22 novembre 1972). Enfin, il peut être déféré en tout état de cause, même s'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

Trois possibilités s'offrent à la partie à laquelle il est demandé de prêter serment (article 1385-2 du code civil) :

- Prêter serment et gagner le procès,
- Refuser de prêter serment et perdre le procès, car son silence est interprété contre lui,
- Référer le serment à la partie adverse et mettre ainsi son sort entre les mains de l'autre partie : cette dernière ne peut alors que jurer (et elle gagne le procès) ou refuser de jurer (et elle perd le procès).

Le serment décisoire est rarement utilisé. Sa **force probante** est pourtant **absolue**.

b) Le serment déferé d'office

Le **serment déferé d'office**, régi par les articles 1386 et suivants du code civil, est un **serment déferé à la partie la plus digne de confiance, par un juge** qui estime les preuves insuffisantes et souhaite posséder une indication complémentaire. L'article 1386-1 du code civil pose deux conditions pour que le juge puisse déferer ce serment :

- Il faut que la preuve qui est visée ne soit pas déjà faite.
- Il faut toutefois que la demande ne soit pas totalement dénuée de preuves, ce qui signifie qu'il doit exister un commencement de preuve par écrit que le serment vise à compléter.

La **force probante** du serment déferé d'office est **limitée** car le juge est libre d'en apprécier la portée.

4- Les présomptions judiciaires

Les présomptions judiciaires sont, en vertu de l'art. 1382 du code civil, les **conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu**. Les présomptions judiciaires sont celles que les données de fait, exclusivement propres à l'espèce à juger, inspirent au juge saisi. Il s'agit d'un mode d'induction/déduction librement utilisé par le juge sur le fondement des indices matériels fournis par les plaideurs.

Ce mode de preuve conduit à un **déplacement de l'objet de la preuve**. Par exemple, le juge détermine la vitesse d'un véhicule (fait inconnu) à partir des traces de freinage (fait connu). Ici, à la différence des présomptions légales qui opèrent seulement un renversement de la charge de la preuve, les présomptions judiciaires constituent un mode de preuve à part entière, que le juge est libre de considérer ou non comme probant.

Les présomptions judiciaires ne sont retenues, en application de l'article 1382 du code civil que si elles sont « **graves, précises et concordantes** », et même si elles réunissent ces caractères, elles sont « **laissées à l'appréciation du juge** » qui jouit d'une entière liberté.

Il existe donc **cinq modes de preuve prévus par le code civil**. Il faut alors s'interroger sur l'admissibilité de ces modes de preuve, c'est-à-dire les règles qui organisent leur production en justice.

II. L'ADMISSIBILITÉ DES MODES DE PREUVE

L'admissibilité des modes de preuve soulève la question de savoir **quels sont les modes de preuve qui sont autorisés dans telle ou telle situation**. La réponse à cette question n'est pas unique et dépend de l'objet de la preuve, c'est-à-dire ce sur quoi porte la preuve.

Dans un certain nombre d'hypothèses, la loi définit les modes de preuve seuls admissibles devant le juge ; il s'agit du système de la légalité de la preuve dans lequel la preuve ne peut être faite que par les modes de preuve prévus par la loi (A). Dans d'autres hypothèses, les modes de preuves admissibles devant le juge sont libres et tous sont susceptibles d'emporter la conviction du juge ; c'est le système de la liberté de la preuve (B).

A. La légalité de la preuve

Le système de la légalité de la preuve s'applique aux **actes juridiques** d'une certaine valeur. Les actes juridiques sont définis par **l'art. 1100-1 al. 1^{er} du code civil** : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit* ». Il s'agit donc de tout acte reposant sur un échange de volonté entre des parties, destiné à emporter des conséquences juridiques qu'elles ont recherchées. Ainsi, tous les contrats (de vente, de travail, de prêt, de bail...) constituent des actes juridiques. Il en est de même d'une reconnaissance de dettes, d'un testament, de la reconnaissance d'un enfant, etc.

Ce système de la légalité de la preuve est fondé sur l'exigence d'une preuve écrite (1), à laquelle il est toutefois dérogé dans certaines hypothèses (2).

1- Le principe : l'exigence d'un écrit

L'art. 1359 al. 1^{er} du code civil dispose que « *l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique* ». Selon l'al. 2, « *il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique* ».

Le texte instaure ainsi une double règle :

- **La preuve d'un acte juridique excédant la somme de 1500 euros** (fixée par le décret du 15 juillet 1980 modifié par un décret du 30 mai 2001 et un autre du 20 août 2004) **doit être faite par écrit.**

Cette règle s'applique tant à l'existence qu'au contenu des actes juridiques dont l'enjeu est supérieur à 1500 euros. *A contrario*, les actes mettant en jeu de petites sommes d'argent peuvent être prouvés par tous moyens.

- **La preuve contre et outre un écrit constatant un acte juridique, quelle qu'en soit la valeur** (y compris inférieure à 1500 euros), **doit être faite par écrit.**

Cette règle signifie qu'on ne peut pas rapporter la preuve contraire de ce qui est écrit dans un acte autrement que par écrit.

- « **contre un écrit** » signifie qu'on ne peut contester un écrit que par un autre écrit.
- « **outre un écrit** » signifie qu'on ne peut compléter un écrit que par un autre écrit.

Des exceptions nuancent toutefois cette exigence d'écrit.

2- Les exceptions à l'exigence d'un écrit

Plusieurs exceptions sont expressément prévues par le code civil, qui dispensent le demandeur de fournir une preuve écrite.

- a) L'impossibilité de rapporter une preuve par écrit

L'article 1360 du code civil envisage trois séries d'exception à l'exigence d'une preuve par écrit : « *Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure* ».

L'impossibilité matérielle peut résulter de deux circonstances :

- un écrit a été préalablement établi mais il a été détruit involontairement par cas fortuit ou force majeure ;
- aucun écrit n'a été établi en raison des circonstances, par exemple l'incapacité pour une partie d'écrire.

Exemple : Civ. 1, 13 mai 1964

Une partie incapable d'écrire est dans l'impossibilité de produire une preuve littérale. Elle est donc autorisée à fournir tous modes de preuve.

L'impossibilité morale renvoie à l'hypothèse dans laquelle aucun écrit ne pouvait être établi entre les parties du fait de leurs relations : amicales, amoureuses, familiales par exemple.

Exemple : Civ. 1, 7 mars 2018

La Cour de cassation admet l'impossibilité morale pour une mère de rapporter la preuve d'un contrat de prêt d'une somme d'argent au profit de son fils. Elle est donc autorisée à rapporter la preuve par tous modes de preuve (virement bancaire, relevé de compte, talon de chèque, témoignage, etc.).

b) L'usage de ne pas établir un écrit

Il existe des usages qui dispensent les parties de rapporter la preuve par écrit. Il en va ainsi dans certaines professions ou certains domaines.

Exemple : il existe un usage en matière agricole qui autorise les parties à conclure verbalement les ventes de fumier ou celles d'aliments pour le bétail.

c) La perte de l'écrit par force majeure

L'écrit peut avoir existé mais avoir été perdu par un événement de force majeure, c'est-à-dire un événement difficile à éviter comme un incendie ou une inondation.

d) Le commencement de preuve par écrit

L'article 1361 du code civil prévoit que le commencement de preuve par écrit peut dispenser la partie de rapporter une preuve écrite. L'art. 1362 al. 1^{er} définit le commencement de preuve par écrit comme « *tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué* ».

Trois conditions se dégagent de cette formule :

- Le commencement de preuve est d'abord un **écrit** – une lettre, un chèque, un registre – mais qui ne respecte pas les exigences légales ;
- Le commencement de preuve par écrit **doit émaner de celui contre lequel la demande est formée** et non de celui qui s'en prévaut. Sont donc écartés des écrits rédigés par le demandeur à la preuve. Il s'agit là d'une illustration de l'adage « *nul ne peut se constituer de preuve à lui-même* » ;

- Le commencement de preuve par écrit doit **rendre le fait allégué vraisemblable**.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, il y a commencement de preuve par écrit. Celui-ci ne suffit cependant pas à constituer la preuve de l'acte juridique. Il n'est qu'un commencement de preuve qui **doit être complété par d'autres moyens de preuve** (témoignages par exemple).

Exemple 1 : Com., 24 janvier 2018

Une cliente dépose une somme d'argent liquide dans le guichet automatique de sa banque. Cette somme n'étant pas créditée sur son compte, elle se retourne vers sa banque qui l'informe par courrier qu'elle a retrouvé le double du bordereau de remise des fonds. La Cour de cassation admet que ce courrier puisse constituer un commencement de preuve par écrit qui autorise la cliente à fournir d'autres éléments de preuve de la remise de fonds, en complément.

Exemple 2 : Civ. 1, 26 septembre 2019

Une personne demande le remboursement du prêt d'une somme d'argent qu'elle a consenti à une autre personne. Elle se prévaut du courrier électronique que lui a envoyé l'emprunteur, par lequel il reconnaît devoir lui rembourser la somme prêtée. Mais il ne rapporte aucun autre élément de preuve à côté de ce courrier électronique. La Cour de cassation rappelle qu'un commencement de preuve par écrit, pour être efficace, doit être complété par d'autres moyens de preuve, comme des témoignages par exemple. En l'absence, elle considère que la preuve du prêt n'est pas rapportée.

- e) La preuve à l'égard des commerçants

En droit commercial, l'article L. 110-3 du code de commerce dispose qu'« à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé ». À l'égard d'un commerçant, la preuve est donc libre. Mais attention, si un commerçant doit prouver à l'égard d'un non-commerçant, l'exception ne tient plus.

Exemple : Civ. 1, 23 septembre 2020

Un couple est victime d'un vol d'effets personnels dans une chambre d'hôtel. Il assigne l'hôtelier en responsabilité pour être indemnisé. Pour prouver la valeur des objets dérobés, la Cour de cassation admet que le couple puisse fournir des photocopies des factures de ceux-ci en relevant qu'à l'égard de l'hôtelier qui est un commerçant, la preuve est libre.

- f) L'existence d'une copie fiable

La copie désigne la **reproduction littérale d'un original, qui n'est pas revêtue de la signature** des parties (sinon, elle constituerait un second original) : photocopie, photographie, microfilm, facsimilé, papier carbone...constituent des copies. La faiblesse de la copie réside dans les possibilités de trucage

dont elle peut parfois facilement faire l'objet (« *la photocopie est comme l'avion, un véhicule très sûr mais dont les rares accidents ne pardonnent guère* », Ph. Jestaz).

L'art. 1379 du code civil dispose que « *La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique* ». L'al. 2 ajoute qu'« *est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». Enfin, l'al. 3 dispose que « *Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée* ».

Lorsque l'original subsiste, les copies peuvent faire la preuve de leur contenu car la représentation de l'original peut toujours être exigée. **Lorsque l'original ne subsiste plus**, la copie fiable peut remplacer l'écrit. Ce caractère est souverainement apprécié par les juges du fond : si la copie est jugée fiable, elle fait preuve de l'acte juridique ; dans le cas contraire, elle pourra seulement constituer un commencement de preuve par écrit.

Exemple : Civ. 3, 30 juin 2016

Un litige éclate à propos de la vente d'un bien immobilier. Une société tente de prouver qu'elle a acheté ce bien. Pour établir la preuve du contrat de vente, elle fournit une photocopie, dénuée de date certaine et comportant des clauses sommaires rédigées avec des polices de caractères différentes et une désignation imprécise du bien vendu, présentant plusieurs corrections. Cette copie n'est pas jugée « fiable » par le juge. La preuve de l'achat du bien immobilier n'est donc pas admise.

g) Les conventions sur la preuve

L'article 1359 du code civil n'étant pas impératif, les parties peuvent y renoncer par contrat. Elles peuvent ainsi écarter l'exigence de la preuve écrite en accordant valeur probatoire à un document qui ne répond pas aux exigences posées par le code civil. Ce document peut même émaner de celui qui se prévaut de la preuve. Se développe alors les conventions sur la preuve.

Cette solution qui prône la liberté contractuelle est d'origine jurisprudentielle (Civ. 1, 8 novembre 1989), et elle a été consacrée dans le code civil par la loi du 13 mars 2000. L'article 1368 du code civil, modifié par l'ordonnance du 10 février 2016, dispose aujourd'hui qu'« *à défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable* ».

Les conventions sur la preuve sont donc **en principe** légales. C'est ainsi que de nombreux contrats de fourniture (eau, électricité, gaz, communications téléphoniques...) prévoient la possibilité pour le fournisseur de rapporter la preuve du montant de la facture (c'est-à-dire de sa créance) grâce aux

relevés du compteur de consommation (c'est-à-dire un document qu'il s'auto-constitue). Cette preuve est admise par la jurisprudence, dès lors que la convention conclue entre les parties prévoit expressément ce mode de preuve.

Une **nuance** doit cependant être apportée : les conventions sur la preuve peuvent être considérées comme abusives en droit de la consommation. Lorsque tel est le cas, elles ne sont pas valables.

Les faits juridiques, contrairement aux actes juridiques, sont régis par le principe de la liberté de la preuve.

B. La liberté de la preuve

Le principe de la liberté de la preuve postule la recevabilité de tous modes de preuve (1), à l'exception toutefois de la preuve déloyale (2), sauf dans certaines hypothèses où le droit à la preuve légitime la preuve déloyale (3).

1- Le principe : la liberté de la preuve

Le principe de liberté de la preuve s'applique aux faits juridiques et aux actes qui ne sont pas visés par l'article 1359 du code civil (ceux dont la valeur est inférieure à 1500 euros). Pour eux, la preuve peut être rapportée par tous moyens ; elle est libre. Rappelons que les **faits juridiques** sont, selon l'**art. 1100-2 al. 1^{er} du code civil** « *des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* ». Un fait juridique se définit donc comme un événement susceptible d'entraîner des conséquences juridiques qui n'ont pas été spécifiquement recherchées par les parties. Il peut s'agir d'un événement volontaire (ex : le licenciement d'un salarié par son employeur, la naissance d'un enfant) ou involontaire (ex : un accident de la circulation, l'incendie d'une maison d'habitation, etc.).

Le principe de la liberté de la preuve postule que le demandeur puisse rapporter tous modes de preuve, de son choix, devant le juge. Il peut s'agir d'un document ne constituant pas une preuve littérale au sens juridique (ex : une photo peut permettre de prouver une relation amoureuse entre un homme et une femme ou encore une ressemblance entre un enfant et un homme assigné en reconnaissance de paternité ; un relevé de compteur peut permettre de prouver une consommation d'énergie). Il peut également s'agir d'un témoignage.

Le principe de liberté a toutefois été encadré par la jurisprudence.

2- L'exception : l'irrecevabilité de la preuve déloyale

Dans un souci de protection de la partie contre laquelle la preuve est rapportée, les juges ont imposé une **exigence de loyauté** de la preuve. Il en découle l'**irrecevabilité d'un moyen de preuve déloyal**.

Autrement dit, le juge ne tient pas compte des moyens de preuve dès lors qu'il considère qu'ils sont affectés de déloyauté.

Cette exigence **transcende toutes les matières** dans lesquelles la preuve est libre : droit civil, droit commercial, droit social, droit administratif. Il n'y a guère qu'en **droit pénal** où la jurisprudence n'impose pas la même exigence. La gravité des fautes pénales justifie en effet que l'on puisse admettre n'importe quel mode de preuve, même déloyal, pour peu que la vérité soit faite sur une éventuelle infraction pénale. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 juin 2000, a ainsi admis l'utilisation du « **testing** » visant à « piéger » les responsables de certains lieux publics – discothèques, restaurants, bars... qui se rendent coupables de discrimination en sélectionnant les clients sur des critères contestables (couleur de peau, origine...). Le législateur a ensuite intégré ce mode de preuve, qu'il a reconnu valable, dans le code pénal (article L. 225-3-1).

Notons également qu'en **matière de divorce**, la preuve obéit à des **règles dérogatoires**. Par application des art. 259 et 259-1 du code civil, la preuve se fait par tous moyens. Le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude, ce qui est différent de la simple déloyauté (V. pour un exemple de preuve obtenue par fraude ou violence : Civ. 1, 17 juin 2009, Bull. Civ. I n° 132).

En dehors de cette exception, l'exigence de loyauté de la preuve s'applique tant à l'autorité publique qu'aux parties au procès.

- La loyauté de la preuve fournie par l'autorité publique :

Le principe de loyauté des preuves fournies par l'autorité publique est très ancien. Il résulte de l'**affaire Wilson en date du 31 janvier 1888**. Cette affaire mettait en cause un juge d'instruction qui avait téléphoné à un suspect en dissimulant son identité afin d'obtenir des informations à son encontre. La Cour de cassation a estimé que ce procédé s'éloignait des règles de loyauté que doivent observer les autorités judiciaires. Ce principe a été plusieurs fois réaffirmé depuis, par exemple dans l'**arrêt Schuller rendu le 27 février 1996** par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a solennellement affirmé que n'était pas admissible une preuve procédant d'une "*machination de nature à déterminer les agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves*".

L'exigence de loyauté des preuves revient donc à interdire les **machinations**, les **stratagèmes** et autres **artifices** dans la constitution, par l'autorité publique des preuves. Cette question de la loyauté des preuves apportées par les autorités judiciaires a mené à la mise en place d'une distinction importante entre la « **provocation à la preuve** » et la « **provocation à la commission de l'infraction** ». La provocation à la preuve est l'hypothèse dans laquelle une infraction a déjà été commise, sans intervention préalable des enquêteurs. Si ces derniers utilisent un stratagème uniquement pour

récolter des preuves relatives à l'infraction déjà commise, le principe de loyauté est respecté. À l'inverse, le principe de loyauté n'est pas respecté quand une autorité publique incite le suspect à commettre une infraction. Il s'agit de la provocation à l'infraction qui est prohibée.

Exemple 1 : Crim., 30 octobre 2006

La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que des preuves qui avaient été collectées par le biais d'informations étaient recevables dans un procès pénal, dès lors que cela n'avait fait que révéler l'existence d'un trafic de stupéfiant préexistant à l'infiltration. Le trafic étant préexistant à l'opération d'infiltration, l'opération avait simplement pour but de rapporter la preuve des faits : la preuve est alors loyale. A l'inverse, si l'agent avait organisé lui-même le réseau, il aurait été à l'origine du trafic. Il aurait commis une provocation à l'infraction et la preuve aurait été déloyale.

Exemple 2 : Crim, 4 juin 2008

Des policiers avaient créé un site pédophile afin d'incriminer une personne soupçonnée de pédophilie. La Cour de cassation juge qu'il y a provocation à l'infraction et refuse le mode de preuve, sur le fondement de sa déloyauté.

Le 9 décembre 2019, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans l'affaire de "*la sextape de Mathieu Valbuena*", a précisé le principe de loyauté. Elle a jugé que **le requérant doit caractériser un stratagème déloyal et une atteinte à l'un de ses droits** pour que la déloyauté puisse être retenue. En l'espèce, M. Valbuena a fait l'objet de chantage de la part d'une personne qui menaçait de diffuser une vidéo à caractère sexuel dans laquelle le joueur de football apparaîtrait. Ce dernier a alors porté plainte. C'est ainsi que le procureur de la République a autorisé un officier de police judiciaire à se faire passer pour un homme de confiance de M. Valbuena et ce, en utilisant un pseudonyme. Cela a conduit à plusieurs appels téléphoniques entre les malfaiteurs et l'officier de police judiciaire. Dans un premier temps, le 11 juillet 2017, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le principe de loyauté des preuves n'avait pas été respecté par les enquêteurs qui avaient usé d'un stratagème. Néanmoins, la Cour d'appel de renvoi s'est opposée à cette solution en estimant qu'il n'y avait pas de provocation à la commission de l'infraction. Un pourvoi a été formé, plaidant une atteinte au principe de loyauté de la preuve. L'Assemblée Plénière a rejeté le pourvoi et affirmé que « *seul est proscrit le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie* ». Cette solution affirme donc que le stratagème employé par une autorité publique pour obtenir une preuve n'est pas en soi une atteinte à la loyauté. L'atteinte n'est caractérisée que si la loi a été contournée pour obtenir la preuve et seulement si elle a pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'un des droits essentiels de la personne.

- La loyauté de la preuve fournie par les parties au procès :

La loyauté de la preuve fournie par une partie postule qu'elle **ne soit pas obtenue à l'insu de l'adversaire**. C'est donc la connaissance, par l'adversaire, du mode de preuve utilisé à son encontre qui constitue le critère de la loyauté. Cette exigence trouve son fondement dans le **droit au respect de la vie privée** protégé par l'art. 8 de la Convention européenne et l'art. 9 du code civil.

Ont ainsi été qualifiés de **preuve déloyale** :

- **Les comptes rendus de filature d'un détective privé** afin de prouver le train de vie et la situation de concubinage de son ex-époux, dans le but d'obtenir la suppression d'une prestation compensatoire à son profit³⁸.
- **L'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de la personne enregistrée** afin de prouver l'existence d'un contrat³⁹.
- **Tout enregistrement**, quels qu'en soient les motifs, **d'images ou de paroles à l'insu des salariés**, pendant le temps de travail⁴⁰.
- **La preuve fondée sur les correspondances**.

Exemple : Soc., 23 octobre 2019

Une salariée converse avec une collègue par le biais d'une messagerie installée sur son ordinateur professionnel, à partir d'une adresse mail personnelle. L'employeur se sert de ces messages pour prouver la faute qui fonde le licenciement de la salariée. Selon la Cour de cassation, les messages électroniques échangés par le biais d'une messagerie instantanée installée sur l'ordinateur professionnel d'une salariée mais provenant d'une adresse mail personnelle constituent une preuve déloyale. Ils sont en effet couverts par le secret des correspondances.

En revanche a été qualifiée de **preuve loyale** :

- **La preuve par des SMS** dès lors que l'auteur des SMS ne peut ignorer que ces messages sont enregistrés par l'appareil récepteur⁴¹. Toutefois, une autre personne que le destinataire de ces SMS ne peut pas les utiliser à titre de preuve.

³⁸ Civ. 2, 3 juin 2004, Bull. Civ. II n° 273.

³⁹ Civ. 2, 7 octobre 2004, Bull. Civ. II n° 447 ; Ass Pl, 7 janvier 2011.

⁴⁰ Soc., 20 novembre 1991, Bull. Civ. V n° 519 ; Soc., 22 mai 1995, Bull. Civ. V n° 164 ; Soc., 10 janvier 2012.

⁴¹ Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209.

- D'une manière générale, **toute preuve qui n'est pas obtenue à l'insu de l'adversaire.**

Exemple : Civ. 1, 24 septembre 2009

Le propriétaire d'un immeuble installe des caméras pour prouver les nuisances causées dans le hall d'entrée par les locataires. La preuve est jugée loyale car trois panneaux, à l'extérieur et à l'intérieur de l'immeuble, indiquaient la présence des caméras.

3- L'exception à l'exception : le droit à la preuve

La Cour de cassation, sous l'influence de la CEDH, fait exception au principe de loyauté de la preuve lorsque le demandeur ne dispose d'aucun autre moyen de preuve qu'une preuve déloyale pour prouver ses allégations. Le **droit à la preuve** constitue ainsi, en quelque sorte, un moyen de « légitimer » la preuve déloyale, qui devient alors admissible. En effet, **l'art. 9 du code de procédure civile** impose aux parties de « *prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Il faut donc mettre les justiciables en mesure de rapporter la preuve de leurs allégations.

La Cour de cassation pratique dès lors un **contrôle de proportionnalité** entre d'une part l'atteinte à la vie privée du défendeur par la preuve jugée déloyale et d'autre part le droit à la preuve dont peut se prévaloir le demandeur. Elle impose deux conditions à la recevabilité de la preuve déloyale :

- La preuve doit être **indispensable** à l'exercice de son droit par le demandeur ;
- L'atteinte au droit au respect de la vie privée du défendeur doit être **proportionnelle** au but poursuivi.

Lorsque ces deux conditions sont réunies, **la preuve est recevable, malgré sa déloyauté.**

Exemple 1 : Civ. 1, 5 avril 2012

Les juges du fond avaient refusé d'admettre à titre de preuve une lettre produite par le requérant pour prouver qu'une donation faite par ses parents à sa sœur était rapportable. La CA avait relevé sur le fondement de l'art. 9 cciv (secret des correspondances) que la lettre, écrite par les parents (décédés depuis) au mari de la sœur du requérant ne pouvait pas être produite loyalement sans l'accord de son auteur. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel aux vises des articles 9 du code civil et 8 Conv. EDH et reproche à celle-ci de ne pas avoir recherché « *si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ».

Exemple 2 : Civ. 1, 10 septembre 2014

Une femme réclame réparation d'un prétendu préjudice subi aux yeux (elle soutient qu'elle doit porter des lunettes de soleil de manière permanente) en raison d'un traitement fait par un institut de beauté. Pour sa défense, l'institut produit des photographies de la cliente, prises par un enquêteur privé, la montrant sur son balcon, conduisant un véhicule et faisant le ménage, sans lunette. La preuve, ne

constituant pas une atteinte disproportionnée à la vie privée eu égard au droit de la preuve, est admise.

Exemple 3 : Soc., 30 septembre 2020

La Cour de cassation admet que le droit à la preuve puisse justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Depuis deux arrêts rendus en **Assemblée Plénière le 22 décembre 2023** (n°20-20.648 et 21-11.330), la Cour de cassation semble faire évoluer la matière. La première affaire est la plus intéressante. En l'espèce, un salarié avait été licencié sur la base d'un **enregistrement clandestin** dans lequel il aurait refusé de communiquer à son employeur le suivi de son activité commerciale. L'Assemblée plénière affirme que « *dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarté des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* ».

La portée de cet arrêt a été discutée par la doctrine. Sur le site de la Cour de cassation, l'arrêt est présenté comme constituant un véritable **revirement de jurisprudence**. La formulation de l'attendu laissait en effet apparaître, à tout le moins, une limitation de la portée de la loyauté de la preuve, ce que semble confirmer la jurisprudence postérieure. Du statut de véritable principe juridique, la loyauté de la preuve serait devenue un simple élément parmi d'autres à prendre en compte dans l'exercice du contrôle de proportionnalité. Autrement dit, dans le procès civil, **la déloyauté de la preuve ne s'oppose plus, en soi, à son administration**. Les décisions ayant admis la recevabilité d'une preuve déloyale ont été nombreuses depuis le début de l'année 2024.

Exemple 1 : Cass. Soc., 10 juillet 2024, n° 23-14.900

La Cour de cassation admet la preuve du harcèlement moral d'un employeur par la production de la **transcription d'un enregistrement clandestin** réalisé à l'insu de l'auteur des faits, par la salariée victime.

Exemple 2 : Cass. Soc., 25 septembre 2024, n°23-13.992

Une salariée est licenciée pour faute grave. Elle conteste la production, par son employeur, d'une preuve tirée de sa **clé USB personnelle**, arguant d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée. Bien qu'une telle atteinte soit reconnue par la Cour de cassation, la preuve est malgré tout jugée recevable. Selon les juges, l'atteinte était proportionnée et strictement nécessaire pour protéger les intérêts de l'employeur.

Conclusion :

Tableau récapitulatif de l'admissibilité des modes de preuve

Principe de légalité de la preuve	Principe de liberté de la preuve
<p>Champ d'application (art. 1359 cciv.) :</p> <p>Actes juridiques supérieurs à 1500 € Preuve outre et contre un écrit quel qu'en soit la valeur</p>	<p>Champ d'application (art. 1358 cciv.) :</p> <p>Actes juridiques inférieurs à 1500 € Faits juridiques</p>
<p>Principe :</p> <p>Exigence d'un écrit (art. 1359 cciv.) Ou aveu judiciaire Ou serment décisoire</p>	<p>Principe :</p> <p>Preuve par tous moyens (art. 1358 cciv.)</p>
<p>Exceptions :</p> <p>Impossibilité matérielle ou morale d'établir un écrit (art. 1360 cciv.) Usage professionnel (art. 1360 cciv.) Perte de l'écrit par cas fortuit ou force majeure (art. 1360 cciv.) Commencement de preuve par écrit (art. 1361 et 1362 cciv.) Conventions sur la preuve (art. 1368 cciv.) Copie fidèle et durable (art. 1379 cciv.) Preuve entre commerçants (art. L. 110-3 du code de commerce)</p>	<p>Exception :</p> <p>Preuve déloyale, c'est-à-dire obtenue à l'insu de la personne contre qui elle est opposée</p>
	<p>Exception à l'exception :</p> <p>Droit à la preuve (preuve déloyale recevable en l'absence d'autres moyens à la disposition du demandeur, et sous réserve d'un contrôle de proportionnalité)</p>

FICHE 20 : LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

La personnalité juridique s'acquiert en principe par la naissance (I) et se perd au moment du décès de la personne (II).

I. L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

L'acquisition de la personnalité juridique concerne autant les personnes physiques (B) que les personnes morales (A).

A. La personnalité juridique des personnes morales

« L'union fait la force » ! Si le droit reconnaît en chaque individu un sujet de droit, il reconnaît aussi la tendance naturelle des hommes à se rapprocher les uns des autres pour poursuivre des buts et des intérêts collectifs. Le droit considère ces groupements comme des entités distinctes des personnes physiques qui les composent, sous le nom de « personne morale ». Le droit assimile les personnes morales aux personnes physiques en leur reconnaissant la personnalité juridique et un patrimoine propre qui leur donnent donc des droits et des obligations.

Ce concept existait dès le droit romain dans lequel on en trouve des traces. En revanche, le Code civil de 1804 n'évoquait pas le concept qui s'est forgé sous l'impulsion principale de la doctrine, notamment Léon Michoud, professeur de droit à l'université de Nancy à qui l'on doit « La théorie de la personnalité morale et son application au droit français » parue en 1906. Aujourd'hui, quelques articles concernent la personnalité morale dans le Code civil (ex. : art. 1842) mais celui-ci, malgré la réforme du 20 février 2016, ne comporte toujours pas de théorie générale de la personnalité morale.

Le concept de personnalité morale a soulevé une controverse en doctrine qui s'est divisée autour de deux théories :

- **La théorie de la fiction :**

Pour certains, le concept de personnalité morale est une fiction. L'idée est que la personnalité suppose une existence corporelle, une faculté de vouloir et d'agir qui n'appartient qu'à l'Homme personne physique. Pour reprendre une célèbre formule, « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* » ! (Gaston Jèze).

Donc par principe, seul l'Homme bénéficie de la personnalité juridique. Toutefois, le Droit positif peut renverser ce principe et attribuer la personnalité juridique à des personnes artificiellement créées. C'est ici le législateur qui crée les personnes morales par le biais d'une fiction juridique. La personnalité morale n'existe pas d'elle-même, c'est la loi qui la crée.

- La théorie de la réalité :

A l'inverse, pour d'autres auteurs, la personnalité morale constitue une réalité. Selon cette théorie dite de la réalité, il n'est pas nécessaire que le législateur intervienne pour créer une personne morale : la personne morale peut exister d'elle-même. Il en est ainsi à partir du moment où un groupement est doté d'une organisation suffisante pour que ses dirigeants expriment une volonté collective et qu'il existe un intérêt collectif, différent des intérêts particuliers des membres du groupement. Partant, les groupements capables d'émettre une volonté collective ont de plein droit la personnalité morale, sans qu'une intervention législative soit nécessaire.

Longtemps, la thèse de la fiction a prévalu dans notre Droit. Seul le pouvoir politique pouvait reconnaître ou refuser d'octroyer la personnalité morale à un groupement. A défaut, le juge refusait de reconnaître la personnalité juridique à ce groupement.

Puis, **la jurisprudence a consacré la théorie de la réalité** dans un arrêt de principe du 28 janvier 1954, Comité d'établissement Saint-Chamond (**Civ. 2, 28 janvier 1954, Comité d'établissement Saint-Chamond**). La Cour de cassation retient que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* ». Il faut y voir la consécration de la théorie de la réalité : à partir du moment où un groupement est pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense de ses intérêts, il est doté de la personnalité juridique sans que le législateur ne doive intervenir. La Cour de cassation poursuit en ces termes : « *Si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile, telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même, avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* ». Autrement dit, la Cour rappelle que le législateur a toujours la possibilité de priver tel groupement de la personnalité morale, lorsque l'intérêt général le justifie.

La consécration de cette théorie permet notamment de reconnaître aux personnes morales, dotées de la personnalité juridique, la **possibilité d'exercer des droits**, comme conclure un contrat ou agir en justice. Elle a toutefois ses limites. Concernant par exemple le droit au respect de la vie privée, la jurisprudence semble hésitante. S'il y a quelques années, la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt de principe que « *seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'art. 9 du code civil* » (Civ. 1, 17 mars 2016, n° 15-14.072), le Conseil d'Etat semble adopter une conception inverse. Par exemple, dans un arrêt du 7 octobre 2022, il a jugé que les personnes morales jouissent d'un droit au respect de la vie privée pour en déduire que les comptes annuels d'une fondation n'ayant reçu aucune subvention publique n'ont pas à être communiqués à un tiers par l'administration (CE, 7 octobre 2022, n° 443826).

B. La personnalité juridique des personnes physiques

En principe, la personnalité juridique des personnes physiques s'acquiert au moment de la naissance, à certaines conditions (1). Ce principe doit toutefois être nuancé (2).

1- Le principe

La personnalité juridique est en principe acquise au moment de la naissance. L'ordre public impose en conséquence que la naissance d'une nouvelle personne soit rapidement connue de l'État. C'est pourquoi la naissance d'un enfant **doit être déclarée à l'état civil dans les cinq jours qui suivent l'accouchement** (art. 55 c. civ.).

Pour bénéficier de l'ensemble des attributs de la personnalité juridique, la naissance ne suffit cependant pas. **Il faut également que l'enfant soit né et viable**, c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre. Dans le cas contraire, la personnalité juridique ne lui est pas attribuée.

L'enfant conçu ne bénéficie donc pas, en principe, de la personnalité juridique. Avant sa naissance, il n'est pas titulaire de droits ni d'obligations. Deux conséquences doivent être tirées de cette affirmation : l'admission de l'avortement (a) et l'exclusion de l'homicide sur fœtus (b).

a) L'admission de l'avortement

La **loi du 17 janvier 1975** autorise la femme enceinte à interrompre sa grossesse (art. L 2212-1 C. santé pub.). **L'avortement, qui consiste à mettre fin à une grossesse**, met plusieurs intérêts en conflit, ceux de la femme et ceux de l'enfant à naître. Pour cette raison, il est juridiquement très encadré.

Tout d'abord, l'avortement non thérapeutique n'est possible que jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse. Ensuite, initialement, l'avortement était subordonné à « une **situation de détresse** » de la mère. Une **loi du 4 août 2014 a toutefois supprimé cette exigence** qui en pratique relevait de la seule appréciation de la femme enceinte. Cette évolution a été critiquée par certains auteurs qui ont estimé que la loi de 2014 aurait ainsi fait prévaloir le droit discrétionnaire de la femme sur la vie de l'enfant simplement conçu. Le **conseil constitutionnel, dans une décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014**, a toutefois jugé cette loi conforme à la Constitution en ce qu'elle réserve "*à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation*".

La grossesse peut également être interrompue en cas de nécessité thérapeutique. En effet, l'existence d'un « péril grave » pour la femme, lié à la poursuite de la grossesse, ou la forte probabilité d'une affection grave et incurable pour l'enfant, rendent l'avortement licite, même au-delà de la douzième semaine.

b) L'exclusion de l'homicide sur fœtus

La question s'est posée de savoir si l'homicide (art. 221-6 du Code pénal), en droit pénal, pouvait s'appliquer à un fœtus. Une personne ayant, par son comportement, causé la mort du fœtus d'une femme enceinte (ex. : accident de la circulation) peut-elle être condamnée pour homicide ?

La réponse est négative, en raison de l'absence de personnalité juridique du fœtus. Le raisonnement est le suivant : l'homicide est le fait de causer la mort d'« autrui » ; or le fœtus n'ayant pas la personnalité juridique, il n'est pas autrui ; donc l'homicide ne peut s'appliquer à un fœtus. C'est ainsi que dans un arrêt du 30 juin 1999, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a cassé un arrêt condamnant pour homicide involontaire un gynécologue qui, à la suite d'une erreur, a dû provoquer l'avortement d'une patiente enceinte de quelques semaines car « *les atteintes à la vie ne concernent que la personne* ». La portée de cette jurisprudence a été précisée par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2001 : les dispositions du Code pénal relatives à l'homicide involontaire ne sont pas applicables à l'embryon ou au fœtus. Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation s'est de nouveau prononcée dans le même sens (Cass. crim., 25 juin 2002).

L'Assemblée nationale, à deux reprises, a voté un texte créant une nouvelle infraction d'interruption involontaire de la grossesse. Mais devant la réaction de l'opinion publique qui craint une remise en cause du droit à l'avortement, l'amendement a été retiré devant le Sénat.

La Cour Européenne des droits de l'homme, saisie par la requérante de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 juin 1999, a estimé que le point de départ du droit à la vie, à supposer qu'il s'applique au fœtus, relève de la marge d'appréciation des États (CEDH, 8 juillet 2004, Vo c/France).

En conclusion, la personne en devenir bénéficie d'une protection grâce à la reconnaissance de droits fondamentaux dès le commencement de la vie. Toutefois, **l'enfant simplement conçu ne bénéficie pas d'un véritable statut juridique lui garantissant la protection effective de son intégrité physique.** Il existe cependant des nuances à ces principes.

2- Les nuances

Il existe deux nuances au principe d'acquisition de la personnalité juridique au jour de la naissance : l'adage « infans conceptus » (a) et l'acte d'enfant sans vie (b).

a) L'adage « infans conceptus »

Par exception et à certaines conditions, l'enfant peut bénéficier de la personnalité juridique avant sa naissance. La jurisprudence considère en effet que l'enfant simplement conçu doit être tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt, suivant l'adage « *infans conceptus pro nato habetur* ».

La Cour de cassation a dégagé cet adage dans l'**arrêt de principe « Segers » du 10 décembre 1985**. Elle a jugé que la prime d'une assurance-vie attribuée à une épouse enceinte au moment du décès de son conjoint, devait être majorée en tenant compte des enfants seulement conçus (des jumeaux) au moment de la disparition de leur père.

Ce faisant, la Cour de cassation a généralisé une règle qui connaissait des applications ponctuelles en droit civil : en matière de succession, l'article 725 dispose que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* » en matière de donation, l'article 906 pose comme principe que pour être capable de recevoir entre vifs ou par testament, il suffit d'être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur (al. 1 et 2).

L'application de l'adage requiert toutefois la réunion de **trois conditions** :

- **L'enfant doit être conçu au jour de l'application de l'adage** : la date de conception doit être antérieure au jour de l'application de l'adage. Cette date est calculée par application de la règle de l'article 311 du Code civil qui présume la période légale de conception entre le 300^e et le 180^e jour précédant la naissance.
- **L'enfant doit avoir intérêt à l'application de l'adage** : le report de la personnalité juridique à la conception doit profiter à l'enfant ; il ne peut pas lui nuire.
- **L'enfant doit naître vivant et viable** : il s'agit alors de faire remonter les effets de la naissance.

L'adage « *infans conceptus* » permet ainsi de faire rétroagir la personnalité juridique, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, à la date de la conception et à la condition qu'il naisse vivant et viable. Il constitue une nuance au principe d'acquisition de la personnalité juridique au jour de la naissance, au même titre que l'acte d'enfant sans vie.

b) L'acte d'enfant sans vie

Depuis la loi du 8 janvier 1993, **l'art. 79-1 du Code civil permet aux parents d'un enfant né sans vie d'obtenir l'établissement d'un acte d'enfant sans vie**. Cet acte permet aux parents de choisir un prénom pour l'enfant mort-né et de procéder aux opérations funéraires. La naissance de l'enfant fait également l'objet d'une mention sur le Livret de famille des parents.

Cet acte ne confère pas la personnalité juridique à l'enfant. L'acte d'enfant sans vie est avant tout doté d'une portée symbolique et permet d'aider les parents à faire le deuil de leur enfant.

La **question du champ d'application du texte a été fortement débattue**. A l'origine, l'instruction générale relative à l'état civil avait en effet prescrit des conditions quant à la durée de la grossesse ou du poids de l'enfant : 22 semaines d'aménorrhée (ie absence de menstruation chez une femme) ou un poids de 500 g. Puis, par trois arrêts du 6 février 2008, la Cour de cassation a brisé cette exigence en reconnaissant que l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil « *ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse* » (Civ. 1ère, 6 février 2008). A la suite de ces arrêts, deux décrets et deux arrêtés ont été adoptés le 20 août 2008 (Décret n°2008-800) qui consacrent la solution jurisprudentielle. Les textes précisent que l'acte d'enfant sans vie peut être obtenu par les parents qui en font la demande auprès de l'officier de l'état civil, sur production d'un certificat médical d'accouchement dont les modalités sont précisées par l'arrêté du même jour. Aucune condition de maturité fœtale n'est exigée. L'arrêté exclut toutefois l'acte d'enfant sans vie en cas de fausse couche précoce ou d'interruption volontaire de grossesse. Enfin, en apportant des précisions supplémentaires, une circulaire du 19 juin 2009 est venue semer le doute puisqu'elle réserve l'acte d'enfant sans vie aux seuls fœtus sexués dont le corps est formé...

II. LA PERTE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

La personnalité juridique s'éteint en principe par la mort de l'individu (A), mais aussi par son absence prolongée (B).

A. Le décès de la personne

Le décès de l'individu met un terme à sa personnalité juridique. La mort s'entend de la **mort cérébrale** et est définie dans le Code de santé publique (art. R. 1232-1) par la **réunion de trois critères** cumulatifs : l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral, l'absence totale de ventilation spontanée.

Le décès fait l'objet d'une publicité (1) et il entraîne, en principe, la disparition de la personnalité (2).

1- La publicité du décès

Le décès doit faire l'objet d'une **déclaration à l'officier d'état civil de la commune où il a lieu**. Pour des raisons d'ordre public et de santé publique, cette déclaration doit se faire dans un délai de 24 heures à compter du décès. La charge de la déclaration incombe à la famille du défunt.

L'officier d'état civil dresse alors un **acte de décès**, qui comporte les indications relatives aux date et lieu de la mort (art. 78 du Code civil), ainsi que l'identité du défunt, de ses père et mère, de son conjoint et de l'auteur de la déclaration.

Les funérailles doivent alors être organisées selon les **dernières volontés du défunt**, conformément à l'**article 3 de la loi du 15 novembre 1887** sur la liberté des funérailles, qui reconnaît à toute personne majeure ainsi qu'au mineur émancipé le droit de décider librement des conditions de ses propres funérailles, et notamment de **choisir entre l'inhumation et la crémation**, ce qui exclut la cryogénéisation (CE, 6 janvier 2006).

Faute de dispositions expresses, il revient à la personne la plus qualifiée d'interpréter la volonté du défunt. Faute de définition légale, la jurisprudence considère que cette qualité revient aux membres de la famille du défunt. En cas d'opposition entre eux, il semblerait que la prévalence soit accordée à la personne qui avait une communauté de vie avec le défunt (Cass. Civ. 1ère, 2 février 2010). L'appréciation de la qualité de personne qualifiée relève du pouvoir souverain des juges du fond. Celui qui méconnaîtrait les intentions du défunt s'exposerait à des sanctions pénales.

2- Le sort du cadavre

Le décès conduit à la **disparition de principe de tous les droits et obligations du défunt**. Le cadavre sort de la catégorie des personnes humaines pour entrer dans celle des « choses ». Ainsi, le décès produit une sorte de **réification de la personne**. Plusieurs nuances viennent toutefois compléter cette affirmation.

Tout d'abord, la **volonté du défunt peut cependant s'exprimer par-delà la mort**. Tout individu a par exemple la possibilité, avant son décès, de s'opposer par avance à toute autopsie ou à tout prélèvement d'organe sur son corps. De même, il a la possibilité, par l'intermédiaire d'un testament, de faire des choix quant au sort de son patrimoine, après sa mort. Enfin, l'agencement des funérailles peut également être réglé par avance. Toute personne majeure peut régler par testament ou par déclaration effectuée devant notaire les modalités de ses funérailles (cérémonie religieuse, mode de sépulture, etc.).

Ensuite, le cadavre conserve par exception des droits qui ne disparaissent pas avec l'individu. **Ainsi, il a droit au respect, à la dignité et à la décence**. Le devoir de traiter le cadavre et les cendres avec respect, dignité et décence a été introduit par une loi du 19 décembre 2008 dans le Code civil à l'**art. 16-1-1** dont l'al. 1^{er} dispose que « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* ». L'al. 2 poursuit en précisant que « *Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ».

C'est sur ce fondement qu'il a été jugé que "*l'exposition de cadavres à des fins commerciales* » méconnaît l'exigence selon laquelle "*les restes des personnes décédées doivent être traités avec*

respect, dignité et décence" (affaire « Our Body », Civ. 1, 16 septembre 2010), ce qui au passage influe sur la validité du contrat d'assurance destiné à assurer les conséquences de l'annulation d'une telle exposition pour illicéité de son but (Civ.1, 29 octobre 2014).

Au-delà du droit civil, le droit pénal protège également le cadavre contre toute atteinte à sa dignité. Ainsi, toute violation ou profanation du tombeau, sépulture ou monument édifié pour le souvenir est sanctionnée pénalement (art. 225-17 du Code pénal).

B. La disparition et l'absence de la personne

La personnalité juridique peut également disparaître par l'effet d'une disparition (1) ou d'une absence d'un individu (2).

1- La disparition

La disparition vise l'hypothèse dans laquelle un individu dont on n'a pas retrouvé le corps ne donne plus de nouvelles depuis qu'il s'est exposé à des **circonstances de nature à mettre sa vie en danger** (ex. : traversée transatlantique à la rame en solitaire, ascension de l'Everest par temps rigoureux...). L'idée est que le décès est hautement probable.

La disparition est régie par les **art. 88 et s. du Code civil**. L'al. 1^{er} dispose que « Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé ». L'al. 2 prévoit, quant à lui que « Peut, dans les mêmes conditions, être judiciairement déclaré le décès de tout étranger ou apatride disparu soit sur un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à bord d'un bâtiment ou aéronef français, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence habituelle en France ».

Cela permet la mise en œuvre d'une **procédure simplifiée de déclaration de décès**. Le jugement déclaratif de décès peut être demandé sans délai au tribunal dans le ressort duquel la disparition est intervenue si l'événement auquel elle est liée s'est produit sur le territoire français, sinon à celui dans le ressort duquel le disparu avait son domicile ou sa dernière résidence. Les juges saisis peuvent ordonner des mesures d'information complémentaire, et notamment requérir une enquête administrative sur les circonstances de la disparition (art. 90 du Code civil).

Si un jugement de décès est rendu, la date précise de la mort est fixée « *en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause* » (art. 90 du Code civil). Le jugement tient lieu d'acte de décès et est opposable aux tiers. La succession est alors ouverte et le mariage dissous.

Si la personne disparue réapparaît, l'art. 92 du Code civil prévoit que tout intéressé peut se prévaloir de l'annulation du jugement de décès.

2- L'absence

L'absence vise une hypothèse très différente de celle de la disparition, dans la mesure où l'absent qui ne donne plus de ses nouvelles n'a pas exposé sa vie à des circonstances dangereuses (ex. : une personne se rend le matin sur le lieu de son travail par le métro mais ne revient pas le soir à son domicile). L'absence prolongée d'un individu permet d'établir une présomption d'absence (a) qui peut conduire, à terme, à l'établissement d'une déclaration d'absence (b).

a) La présomption d'absence

Les art. **112 et suivants du Code civil** établissent les conditions dans lesquelles l'absence peut être déclarée et les conséquences qu'elle implique.

- **La constatation de la présomption d'absence**

La constatation judiciaire de la présomption d'absence est la première phase du processus. Le juge peut être saisi par le conjoint de l'absent ou tout intéressé (héritiers, Ministère Public...). L'art. 112 du Code civil exige **deux éléments** : il faut que l'intéressé ait **cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles**. La décision doit être portée à la connaissance des tiers. Une mention est ajoutée en conséquence en marge de l'acte de naissance.

- **La protection de l'absent durant la présomption d'absence**

La présomption d'absence dure 10 ans, période aux termes de laquelle une déclaration d'absence sera possible. Pendant ce délai, la **gestion des biens** de l'absent est attribuée à un représentant, nommé par le juge des tutelles. L'administrateur doit gérer le patrimoine de l'absent raisonnablement. Si l'absent est marié, il faut tenir compte du régime matrimonial. Le conjoint peut ainsi être amené à se faire autoriser à passer des actes qu'il n'aurait pas pu faire sans le consentement de son époux. Il appartient également au juge de décider comment seront réglées les dépenses suscitées par l'administration des biens de l'absent.

L'absent étant censé être vivant, son mariage demeure intact. **Le conjoint peut cependant demander le divorce pour altération définitive du lien conjugal au bout de deux ans** (délai abaissé à un an à compter du 1er septembre 2020). De même, les droits acquis par les tiers de bonne foi ne sont pas remis en cause lorsque le décès de l'absent vient à être établi ou judiciairement déclaré, quelle que soit la date retenue pour le décès (art. 119 du code civil).

- **La réapparition de l'absent**

Si l'absent donne des nouvelles ou réapparaît à son domicile, **la présomption d'absence s'achève**. Les mesures d'administration sont cependant maintenues, jusqu'à ce que le juge des tutelles en décide autrement ou que l'intéressé en fasse la demande. L'administrateur devra alors rendre compte de sa gestion.

b) La déclaration d'absence

Le jugement de déclaration d'absence est assorti depuis la loi du 28 décembre 1977 d'une **supposition de mort** destinée à garantir les intérêts des proches de l'absent.

- **La formulation de la déclaration d'absence**

L'absence peut être déclarée à l'expiration d'un délai de 10 ans à compter de la première constatation. Dans l'hypothèse où la présomption d'absence n'a pas été judiciairement constatée, **la déclaration ne peut être obtenue qu'à l'expiration d'un délai de 20 ans à compter du moment où l'absent a donné de ses nouvelles pour la dernière fois.** La requête peut être présentée dès l'année précédant l'expiration du délai (art. 125 du Code civil).

Si elle estime insuffisants les éléments dont elle dispose, la juridiction saisie peut ordonner toute mesure d'instruction complémentaire. Une fois la décision rendue, le délai d'appel ne commence à courir qu'un mois après l'expiration du temps fixé par le tribunal pour l'accomplissement des mesures de publicité qui accompagnent la décision. Il s'agit de s'assurer que l'absent, s'il est encore vivant, puisse prendre connaissance de la décision.

La déclaration d'absence est portée à la connaissance des tiers par voie de publication et de transcription. Dans un délai établi par le tribunal, qui ne peut excéder six mois à compter du jour du jugement, des extraits de la décision doivent être soumis, par les soins et aux frais du requérant, à des mesures de publicité, essentiellement par voie de presse, semblables à celles imposées pour la requête. Tout dépend des lieux que fréquentait l'absent, ou des journaux qu'il lisait. Le juge choisit les mesures appropriées afin que l'absent ou les personnes qui auraient pu avoir des nouvelles de lui puissent être informées de la décision.

Une fois passé en force de chose jugée, c'est-à-dire une fois que toutes les voies de recours ont été épuisées, le dispositif de la décision est transcrit, à la requête du procureur de la République, sur les registres des décès du lieu du domicile de l'absent ou de sa dernière résidence.

- **Les conséquences de la déclaration d'absence**

Le jugement qui déclare l'absence emporte toutes les conséquences qu'un décès de l'absent aurait eues (art. 128 du Code civil). La décision se traduit par la cessation des mesures de représentation et d'administration mises en place au cours de la période précédente et elle emporte **ouverture de la succession de l'absent.** S'il était marié, le mariage est dissous et le régime matrimonial liquidé.

Cette situation peut cependant être remise en cause dans l'hypothèse où l'absent redonne de ses nouvelles. Cela donne lieu à une sorte de « *résurrection légale* ». Dès que l'absent reparaît ou que son existence est prouvée, le tribunal peut être saisi aux fins d'annulation de la décision précédente.

L'initiative de la demande est laissée au procureur de la République et à tout intéressé, au sein desquels figure bien évidemment l'absent lui-même. Le dispositif du jugement d'annulation doit être publié sans délai. Dès cette publication, la décision d'annulation est portée en marge du jugement déclaratif d'absence et sur tout autre registre susceptible d'y faire référence. L'absent recouvre alors ses biens, ainsi que ceux qu'il aurait dû recevoir par la voie successorale. Les sommes provenant de la vente d'éléments de son patrimoine ainsi que les revenus échus à son profit lui sont restitués. Les héritiers de bonne foi conservent en revanche les fruits non capitalisés. Sur le plan familial, le mariage reste néanmoins dissous afin d'éviter les situations de bigamie (art. 132 du Code civil).

FICHE 21 : LES DROITS SUBJECTIFS

On oppose le droit objectif aux droits subjectifs. Le droit objectif est l'ensemble des règles qui gouvernent la vie sociale. Un droit subjectif est une prérogative que le droit accorde aux sujets de droit. Plus précisément, on peut définir les droits subjectifs comme un pouvoir reconnu à un sujet de droit par le droit objectif et qui est judiciairement protégé. On peut en donner des exemples : le droit de propriété, le droit de vote, le droit au respect de la vie privée, etc.

La **protection de la vie privée** a pris une importance croissante, surtout depuis le développement des moyens de captation et de diffusion des informations, au point d'englober d'autres droits de la personnalité. Cette prééminence a été renforcée par l'article 22 de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 qui a inséré un **article 9 du code civil dont l'al. 1^{er}** affirme solennellement que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Ce principe est également consacré par l'**article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme** : « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

Le droit au respect de sa vie privée est le droit de ne pas être importuné dans sa sphère privée. Il a pour corollaire un devoir de non-intrusion, de non-ingérence dans l'intimité d'une personne. En général le manquement le plus grave sera l'indiscrétion dans le but de capter des éléments de la vie privée d'une personne et de les diffuser. Le droit au respect de la vie privée ne saurait subir d'atteintes, que ne justifierait quelque intérêt supérieur d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique.

Après avoir mesuré l'étendue de la protection de la vie privée et du droit à l'image (I), il conviendra d'en déterminer le régime juridique afin de mettre en exergue les conflits pouvant exister avec d'autres droits (II).

I. LA NOTION DE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Les contours de la notion de vie privée, non définie par les textes qui la consacrent, sont déterminés au fil des contentieux par les tribunaux (A). La variété des sanctions existantes en cas d'atteinte à la vie privée permet d'assurer efficacement la protection de ce droit (B).

A. Les contours de la notion de vie privée

Le droit à la vie privée a une portée large et bénéficie en principe à toute personne (1). Ses composantes, en revanche, sont strictement délimitées par la jurisprudence (2).

1. Les titulaires du droit à la vie privée

La **généralité du terme** employé par l'article 9 du Code civil (« chacun ») pour désigner les titulaires du droit au respect de la vie privée marque la volonté du législateur d'accorder à toute personne, quels que soient son rang, ses fonctions, sa notoriété, son âge, un droit au respect de sa vie privée. La Cour de cassation l'a d'ailleurs affirmé expressément (Civ. 1, 23 octobre 1990, Bull. Civ. I n° 222).

Ce droit appartient donc à **tous**, autant à l'homme lambda qu'à une personne publique ou médiatisée. Toutefois, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9, même si les personnes morales sont admises à se prévaloir d'une atteinte à leur nom, domicile, correspondance ou réputation (Civ. 1, 17 mars 2016, n°15-14.072 P). Les personnes publiques ont, bien sûr, une sphère d'intimité moins large que celle des personnes privées mais elles en bénéficient tout de même. Ainsi, la Cour de cassation a sanctionné l'atteinte à la vie privée de deux anciens ministres qui avaient fait l'objet d'un article de presse, accompagné de photographies, alors qu'ils étaient en vacances en couple à San Francisco (Civ. 1, 11 mars 2020).

La question de la **transmission du droit au respect** de la vie privée s'est posée. Le droit au respect de la vie privée est un droit personnel, attaché à la personnalité juridique de la personne intéressée. Dès lors, il s'éteint au décès de la personne concernée. Il n'y a donc pas de vie privée posthume et le droit au respect de la vie privée est insusceptible de transmission aux héritiers pour cause de mort. Les héritiers ne disposent pas du droit d'agir au nom de la personne décédée (Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Civ. I n° 345). Ils peuvent toutefois bénéficier d'une réparation s'ils justifient d'une atteinte, à leurs propres sentiments, susceptible de leur causer un préjudice personnel. Ainsi, les héritiers peuvent considérer que leur vie privée est atteinte par la divulgation d'éléments personnels concernant le défunt. C'est notamment ce qu'a pu décider la Cour de cassation dans l'arrêt de sa première chambre civile du 20 décembre 2000 à propos de la photographie du cadavre d'une personne assassinée au cours de la période de deuil des proches du défunt. Il ne s'agit donc plus de protéger la vie privée du défunt, mais bien celle des héritiers.

2. Les composantes de la vie privée

La jurisprudence de la Cour de cassation détermine régulièrement le domaine de protection de la vie privée. Sans prétendre à l'exhaustivité, certains éléments relèvent sans hésitation de la sphère de protection (a), tandis que pour d'autres, le doute est permis (b).

a. Les composantes certaines de la vie privée

La logique de la jurisprudence est de faire entrer dans le domaine de la protection tous les éléments subjectifs permettant d'effectuer un jugement sur la personne concernée. Sont ainsi protégés la **vie affective, sentimentale, la sexualité, la vie conjugale, la maternité, la paternité, l'intimité corporelle, la santé, le domicile, les correspondances, la réputation**, etc.

Exemple 1 : Civ. 1, 11 mars 2020

La Cour de cassation a admis une atteinte à la vie privée d'un couple d'anciens ministres (A. Montebourg et A. Philippetti) par la publication d'un article accompagné de photographies les montrant en amoureux en vacances aux États-Unis.

Exemple 2 : Civ. 1, 17 février 2021

La Cour de cassation a admis une double atteinte à la vie privée d'une personne : d'une part en raison de la publication sur un site internet de condamnations pénales dont elle avait été l'objet ; d'autre part de la publication de l'avis de décès de son père sans son autorisation.

La jurisprudence a interprété les textes relatifs au droit à la vie privée comme incluant également un **droit à l'image**. Le droit à l'image est un droit de la personnalité qui a d'abord été rattaché à la responsabilité délictuelle de droit commun (article 1240 du Code civil), puis à l'article 9 du Code civil (Civ. 1, 5 juillet 2005, JCP 2005, II, 10123, note Bakouche). Il s'agit du droit pour toute personne de s'opposer à la captation et à la diffusion par un tiers de son image. Dans un arrêt du 2 juin 2021, la Cour de cassation a ainsi solennellement rappelé que « *le droit dont la personne dispose sur son image porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction, et son utilisation* », sans que la victime ne doive rapporter en plus la preuve d'une commercialisation de son image par l'auteur de la captation de celle-ci (Civ. 1, 2 juin 2021, n° 20-13753).

L'atteinte au droit à l'image accompagne le plus souvent une atteinte à la vie privée. Néanmoins, la Cour de cassation n'opère pas de confusion entre ces deux notions. Elle a affirmé **l'autonomie du droit à l'image**, considérant que l'atteinte au droit à l'image et l'atteinte à la vie privée constituaient deux postes de préjudice distincts ouvrant droit à des réparations distinctes. Cette solution est logique pour certains puisque, le droit à l'image va au-delà de la vie privée. Alors que la protection de la vie privée est une protection contre l'indiscrétion, la protection de l'image est une protection contre le risque de compromettre l'anonymat ou parfois même le respect dû à la dignité de la personne. Pour d'autres, en revanche, cette autonomie est contestable dans la mesure où consacrer un droit à l'image pour une personne reviendrait à consacrer un véritable droit de propriété sur son image. Or, si l'image est protégée, c'est parce que c'est le meilleur moyen d'atteindre l'intimité de la vie d'une personne.

Publier ou exposer le portrait photographique d'autrui sans son consentement est constitutif d'une atteinte, quels que soient le lieu et les circonstances. Ainsi, la photographie d'une personne, quel que soit le support de la reproduction (un dessin par exemple), ne peut être diffusée sans le consentement de l'intéressé. Les personnes qui ont une vie publique sont toutefois réputées avoir renoncé tacitement au droit d'interdire la diffusion de leur image, dès lors que celle-ci est saisie à l'occasion de leur activité professionnelle.

En dehors de cette hypothèse, pour que l'atteinte soit constituée, la reproduction doit avoir pour objet de montrer la personne dont l'image est diffusée. Il importe peu que la personne se trouve dans un lieu public dès lors qu'elle apparaît isolément grâce à un cadrage particulier (Civ. 1, 12 décembre 2000, Civ. 2, 10 mars 2004). A contrario, le consentement de l'intéressé est inutile si la personne n'apparaît pas comme le sujet de la photographie.

Lorsque l'intéressé donne son autorisation, celle-ci doit être circonstanciée, autrement dit, l'image doit être utilisée pour telle ou telle finalité préalablement définie (par exemple, à des fins publicitaires). La jurisprudence interprète strictement cette autorisation qui ne doit pas être dénaturée. Ainsi, la diffusion ultérieure d'un cliché, pour une finalité différente de l'autorisation primitive donnée, doit être sanctionnée (Civ. 1ère, 30 mai 2000, Bull. Civ. I, n°167).

b. Les composantes incertaines de la vie privée

Il y a certains éléments pour lesquels la jurisprudence semble hésitante. Il en va ainsi des informations à caractère patrimonial et de la religion.

Contrairement à l'opinion fortement répandue, les **informations patrimoniales** ne sont pas considérées par la Cour de cassation comme des informations relevant en soi de la vie privée. C'est ce que l'on peut relever dans un arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 mai 1991, par lequel la Cour retient que « *le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, ne comportant aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé* ».

Si les informations patrimoniales ne relèvent pas de la sphère privée, il en va toutefois différemment lorsque ces informations sont divulguées dans le but de juger le comportement de la personne intéressée (Civ. 1ère, 30 mai 2000, Bull. Civ. I, n° 167).

Cette position semble par la suite avoir évolué. En effet, par un arrêt du 15 mai 2007 (Bull. Civ. I n° 191), la Première chambre civile de la Cour de cassation opère une double distinction. En premier lieu, elle semble distinguer la personne célèbre de la personne qui ne l'est pas la seconde verrait ses informations patrimoniales protégées. Ensuite, la Cour de cassation nuance cette première distinction en vérifiant que le contexte de l'affaire justifiait que l'information soit divulguée au nom du droit à l'information du public.

C'est ensuite l'exemple de la **religion** qui illustre les composantes incertaines de la vie privée. Cela peut surprendre : n'y a-t-il pas plus personnel que la religion ? Dans tous les textes où le législateur a entendu protéger les informations à caractère personnel, la religion y trouve une place de choix. Pourtant, une décision du 6 mars 2001 rendue par la Première chambre civile de la Cour de cassation (Bull. Civ. I n° 60) retient que « *la révélation publique de la pratique religieuse d'une personne, en vue*

de la déconsidérer et de susciter des attitudes discriminatoires, constitue une atteinte au respect dû à sa vie privée ». Cette solution semble donc indiquer que la divulgation de la religion d'une personne ne constitue une atteinte à la vie privée que dans les hypothèses visant à déconsidérer la personne, ce qui signifie a contrario, que la seule divulgation de la pratique ou de la confession religieuse ne saurait suffire à caractériser l'atteinte à la vie privée.

On le voit à travers ces deux exemples, les composantes de la vie privée sont le résultat d'une appréciation faite par les juges de l'article 9 du Code civil. Ils disposent d'un large choix de sanctions en cas de violation du droit ainsi protégé.

B. La sanction des atteintes au droit à la vie privée

L'article 9 alinéa 2 du Code civil dispose que « *les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ».

Toute violation du droit au respect de la vie privée entraîne des sanctions civiles qui peuvent être classées en deux catégories : la réparation du dommage subi par l'allocation de dommages-intérêts d'abord (1), puis toutes mesures destinées à prévenir ou à faire cesser l'atteinte à la vie privée (2).

1. L'allocation de dommages-intérêts

Le demandeur victime d'une atteinte à sa vie privée peut d'abord se prévaloir de l'allocation de dommages-intérêts destinés à indemniser le préjudice subi. Son action en réparation n'est plus fondée sur l'article 1240 du Code civil. La Cour de cassation a en effet affirmé le principe de **l'autonomie de l'article 9** par rapport aux règles relatives à la responsabilité civile délictuelle (Civ. 1, 5 février 1996, D. 1997 p. 403, note S. Laulom).

La réparation des atteintes à la vie privée relève donc d'un régime autonome qui permet à la victime de n'avoir pas à apporter la preuve d'une faute. De même, le préjudice n'a pas non plus à être prouvé. Autrement dit, faute et préjudice résultent de la seule transgression de l'obligation de respecter la vie privée.

2. Les autres mesures préventives et curatives

L'article 9 alinéa 2 du Code civil permet à la Cour de cassation de disposer d'un **panel de sanctions très diverses**, qui s'ajoutent à l'allocation de dommages-intérêts, qui permettent de faire cesser l'atteinte à la vie privée ou de la prévenir. Il peut s'agir par exemple du retrait d'un magazine des points de vente, de la publication d'un communiqué faisant état de la condamnation de l'organe de presse jugé

responsable d'une atteinte à la vie privée, de l'interdiction de la diffusion d'une photographie ou d'un livre, de la remise à la victime des négatifs d'une photographie portant atteinte à sa vie privée, etc.

La jurisprudence a dû préciser ce qu'il fallait entendre par l'expression « *intimité de la vie privée* » présente dans l'alinéa 2 de l'article 9, car cette formule laissait à penser qu'il s'agissait d'une atteinte différente d'une simple atteinte à la vie privée. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence s'est d'abord prononcée, considérant que l'expression renvoyait à une atteinte « *d'une gravité intolérable, sans pouvoir être réparée par des dommages et intérêts* » (Paris, 16 mars 1989, D. 1989, somm. 299). Aujourd'hui, la Cour de cassation ne semble plus différencier les termes utilisés par l'alinéa 1er et l'alinéa 2. En effet, la Cour de cassation retient désormais que « *la seule constatation de l'atteinte au respect dû à la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation* » (Civ. 1ère, 12 décembre 2000, D. 2001, 2434, note J-C Saint-Pau).

Le caractère général de l'article 9 alinéa 2 du Code civil assure ainsi la diversité, et donc l'efficacité, des sanctions susceptibles d'être retenues. La seule exigence imposée par la Cour de cassation est le respect du principe d'adéquation des mesures à la gravité de l'atteinte constatée.

En outre, l'efficacité des sanctions est renforcée par la possibilité de recourir au référé. Le juge des référés peut ainsi ordonner la saisie ou le séquestre du journal, du livre ou du film qui caractérise l'atteinte à la vie privée.

II. LES LIMITES DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

L'immixtion dans la vie privée n'est pas nécessairement illicite. Comme toute liberté publique, le droit au respect de la vie privée **doit être concilié avec les autres libertés**, comme le **maintien de l'ordre public**. Par exemple, l'usage des drones pour assurer la sécurité publique est largement encadré. C'est ainsi que la loi n° 2023-399 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 autorise le recours aux drones pour assurer la sécurité des installations sportives à la condition que le public soit préalablement informé et que les images ainsi recueillies n'aient pour objet que de détecter des événements prédéterminés susceptibles de présenter ou de révéler des risques d'actes de terrorisme ou d'atteintes graves à la sécurité des personnes. Le recours à la « reconnaissance faciale » est interdit, ainsi que l'utilisation de systèmes d'identification biométrique. Il n'est pas non plus autorisé de croiser les images obtenues avec les données d'autres traitements de données à caractère personnel. Enfin, l'utilisation des drones est assujettie à autorisation préalable (par le représentant de l'Etat dans le département ou, par le préfet pour ce qui concerne Paris).

Le droit au respect de la vie privée heurte également la **liberté d'expression et d'information**. C'est la conciliation de cette dernière avec le droit au respect de sa vie privée qui intéresse les développements suivants. Il convient d'exposer les termes et les enjeux du conflit (A) avant d'étudier les critères posés par le juge pour résoudre ce conflit (B).

A. Le conflit entre droit à la vie privée et liberté d'expression

Les atteintes à la vie privée sont généralement commises par la voie des médias. Or, les médias jouissent de la liberté d'information, garantie par **l'article 10 de la Convention européenne**. Le droit à **la vie privée et la liberté d'expression** sont donc de **même valeur dans la hiérarchie des normes**.

La Cour de cassation en déduit que « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux art. 8 et 10 de la CEDH et de l'art. 9 cc, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* » (Civ. 1, 9 juillet 2003, époux Godard). Il appartient donc au juge de concilier le droit à l'information avec le droit de chacun au respect de sa vie privée en privilégiant la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime (Civ. 1, 23 avril 2003, D. 2003, p. 1854). Cette **méthode dite de la « balance des intérêts »** a été précisée par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 21 mars 2018 dans lequel le mariage religieux d'un couple princier, ainsi que le baptême de son fils, avaient été révélés par des journalistes, la première chambre civile a précisé les éléments d'appréciation à mettre en balance. Elle indique à cet effet que l'appréciation doit s'opérer « *en fonction de la notoriété de la personne visée, de l'objet du reportage, de la forme de la publication* ». Cette solution, réaffirmée depuis (Civ. 1, 10 octobre 2019), est directement inspirée de celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 10 novembre 2015, elle a ainsi énoncé que pour procéder à la mise en balance des droits en présence, il y a lieu de prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies (CEDH, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi c/ France).

L'analyse de la jurisprudence permet de souligner que le contrôle porte principalement sur le rapport étroit de l'information avec l'intérêt général, les questions d'actualité ou culturelles. La Cour de cassation sanctionne la recherche du simple agrément du public, qu'elle assimile à du voyeurisme ou de la curiosité indiscreète. Il faut une information légitime. Il en résulte que si les éléments révélés relèvent, non pas des exigences de l'information, mais du « *seul agrément des lecteurs* », l'atteinte à la vie privée est constituée. Par exemple, porte atteinte à la vie privée la divulgation de l'existence, inconnue du public, de l'enfant d'un prince, en l'absence de tout fait d'actualité ou débat d'intérêt général de nature à justifier la publication (Civ. 1, 27 février 2007, Bull. Civ. 1 n° 85).

B. La conciliation entre droit à la vie privée et liberté d'expression

Différents critères de conciliation ressortent de la jurisprudence.

1^{er} critère : Le caractère anodin de l'information :

Le caractère anodin de l'information peut justifier sa révélation. Il y a un véritable contrôle judiciaire de l'opportunité et de la pertinence de l'événement révélé. Par exemple, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a retenu dans un arrêt du 8 juillet 2004 que l'article publié peu de temps après le mariage d'une célèbre journaliste ne constituait pas une atteinte à la vie privée au motif « *qu'en statuant ainsi, tout en constatant que l'article avait été publié peu de temps après le mariage de Mme X... et alors que ces commentaires étaient anodins, de sorte qu'ils ne caractérisaient pas une atteinte au respect de la vie privée de Mme X..., la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

2^{ème} critère : Le fait d'actualité / le débat d'intérêt général :

Un deuxième critère réside dans le fait d'actualité ou le débat de société, d'intérêt général. Ce critère, difficile à apprécier objectivement, permet à la Cour de cassation d'exercer un contrôle par rapport à la finalité de la publication : l'auteur cherchait-il à informer le public ou recherchait-il le sensationnel ? L'atteinte à la vie privée n'est légitimée que par un véritable objectif d'information du public, distinct d'une démarche fondée sur la divulgation d'information sensationnelle. La difficulté tient à la délimitation précise de la notion de débat d'intérêt général, qui reste sujette à une appréciation casuistique.

Exemple 1 : Cass. Civ. 1, 9 avril 2015, n° 14-14.146

La Cour de cassation a ainsi fait primer la liberté d'expression sur la protection de la vie privée. En l'espèce, le secrétaire général du Front national avait assigné une maison d'édition afin d'obtenir l'interdiction de la diffusion d'un ouvrage révélant son homosexualité. La Cour de cassation relève que la révélation s'intègre dans un débat d'intérêt général, « *dès lors qu'il se rapporte à l'évolution d'un parti politique qui a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe* ».

Exemple 2 : Cass. Civ. 1, 10 octobre 2019, n°18-21.871

La Cour de cassation a admis que la révélation de la localisation de la résidence secondaire du président du groupe Lactalis était légitimée par le reportage d'actualité dans lequel elle s'insérait, relatif à la crise de la production de lait.

Exemple 3 : Cass. Civ. 1, 17 février 2021, n°19-24.780

La Cour de cassation censure une décision de CA qui avait écarté l'existence d'une atteinte à la vie privée d'une personne qui se plaignait qu'une page web fasse état de condamnations pénales la concernant, sans rechercher si cette publication s'inscrivait dans un débat d'intérêt général.

Exemple 4 : Cass. Civ. 1, 5 juin 2024, n°23-12.525

La Cour de cassation rappelle que l'identité d'une plaignante souhaitant rester anonyme ne peut être révélée que si cette information contribue à nourrir un débat d'intérêt général. En l'espèce, un journal a publié un article relatant la plainte pour viol déposée par une personne contre un producteur de cinéma mondialement connu, pour des faits survenus dans le cadre de relations professionnelles. La plaignante, qui ne souhaitait pas médiatiser les faits, agit contre la société éditrice du journal et soutient que l'article porte atteinte à l'intimité de sa vie privée et à son droit à l'image. Cependant, la Cour d'appel de Paris rejette ses demandes au motif que l'article s'inscrit dans le cadre d'un « *débat d'intérêt général majeur relatif aux comportements à connotation sexuelle et non consentis intervenant dans le cadre de relations professionnelles* ». La Cour de cassation casse pourtant cet arrêt et reproche à la CA un manque de motivation. La notion de débat d'intérêt général reste délicate à circonscrire.

3^{ème} critère : le lien direct entre la photographie et l'évènement relaté :

La Cour rappelle régulièrement que l'atteinte au droit à l'image peut être légitimée lorsque le lien entre l'image et le droit à l'information est établi. Cette exigence de lien direct est souvent difficile à apprécier et parfois même discutable. Elle permet d'éviter que l'image de la personne soit utilisée à des fins commerciales et non informatives. Par exemple, dans un arrêt rendu le 12 juillet 2006, une photographie centrée sur un enfant, sans rapport avec l'objet de l'article qui l'accompagnait, constitue une violation du droit à l'image.

Toutefois, et quand bien même le droit à l'information serait reconnu comme prévalant, la jurisprudence prenant appui sur l'article 16 du Code civil pour poser une limite à la publication d'une image justifiée par l'information d'actualité : l'atteinte à la dignité de la personne humaine. Le droit du public d'être informé doit être limité par le droit d'autrui de ne pas être montré au public dans une situation dégradante. L'information d'actualité n'est donc plus justifiée lorsqu'elle porte atteinte au respect de la dignité humaine.

Ce principe a été affirmé notamment à propos de la diffusion de la photographie de la dépouille du Préfet Erignac (Civ. 1, 20 décembre 2000, D. 2001, jur. 885, somm p 1990 obs. A. Lepage.) puis après la diffusion de photographies représentant les victimes de l'attentat du RER Saint Michel (Civ. 1, 20 février 2001, D. 2001, jur. 1199 note J-P Gridel).

TABLE DES MATIÈRES

FICHE 1 : L'ORGANISATION JUDICIAIRE.....	3
I. LE DUALISME JURIDICTIONNEL.....	4
A. Présentation des deux ordres de juridictions.....	4
B. Le Tribunal des conflits.....	5
II. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES.....	7
A. La règle du double degré de juridictions.....	7
B. La Cour de cassation.....	8
1- Composition de la Cour de cassation.....	9
2- Mécanisme du pourvoi en cassation.....	9
3- Rôle de la Cour de cassation.....	10
4- Encombrement de la Cour de cassation.....	12
FICHE 2 : LES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION.....	15
I. PRÉSENTATION CLASSIQUE DES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION.....	15
A. Les arrêts de rejet.....	16
B. Les arrêts de cassation.....	17
II. PRÉSENTATION MODERNE DES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION.....	19
FICHE 3 : LA CODIFICATION.....	25
I. LE DROIT CIVIL AVANT LA CODIFICATION.....	25
A. L'Ancien droit.....	25
1- Diversité des coutumes.....	25
2- Les sources d'uniformisation du droit.....	26
B. Le Droit intermédiaire.....	27
II. LE DROIT CIVIL AVEC LA CODIFICATION.....	28
FICHE 4 : DROIT ET MORALE.....	32
I. LE RAPPROCHEMENT DU DROIT ET DE LA MORALE.....	32
II. L'INDÉPENDANCE DU DROIT ET DE LA MORALE.....	34
A. Le droit amoral.....	34
B. Le droit immoral.....	35
FICHE 5 : DROIT ET RELIGION.....	37
I. LA SÉPARATION DE PRINCIPE ENTRE LE DROIT ET LA RELIGION.....	37
A. La laïcité affirmée par le législateur.....	37
B. La laïcité défendue par les juges.....	38
1- La laïcité défendue par les juges internes.....	38
2- La laïcité défendue par les juges européens.....	41
II. LES INTERFÉRENCES ENTRE LE DROIT ET LA RELIGION.....	41
A. La protection de la liberté de religion.....	41
B. La confrontation des juges au fait religieux.....	42
FICHE 6 : LA NOTION DE RÈGLE DE DROIT.....	44
I. LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT.....	44
A. Le caractère général de la règle de droit.....	44
B. Le caractère obligatoire de la règle de droit.....	44
C. Le caractère permanent de la règle de droit.....	45
D. Le caractère étatique de la règle de droit.....	45
II. PROPOSITION DE DÉFINITION DU DROIT.....	47
III. L'ÉMERGENCE DU « DROIT SOUPLE ».....	49
FICHE 7 : L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE DROIT.....	52
I. LES SOLUTIONS CLASSIQUES.....	53
A. Qui interprète ?.....	53
1- Le législateur.....	53
2- Le juge.....	54
a) Le juge ordinaire.....	55

b)	Le juge constitutionnel	55
B.	Comment interpréter ?	56
1-	La lettre de la loi : l'exégèse	56
a)	Les arguments d'interprétation	56
b)	Les adages d'interprétation	58
2-	Le dépassement de la lettre de la loi	59
a)	La libre recherche scientifique : F. Gény	59
b)	L'interprétation évolutive : R. Saleilles	60
II.	LES ÉVOLUTIONS CONTEMPORAINES	61
A.	L'interprétation administrative du droit	61
1-	Les circulaires administratives	61
2-	Les réponses ministérielles	62
3-	Les rescrits	62
4-	Les recommandations des autorités administratives indépendantes	63
B.	La remise en cause de l'interprétation judiciaire du droit	63
1-	Les faiblesses de l'interprétation judiciaire	63
2-	Les remèdes aux faiblesses de l'interprétation judiciaire	64
a)	<i>L'obiter dictum</i> (« dit en passant »)	64
b)	La question préjudicielle (procédure d'avis)	64
FICHE 8 :	LA LOI	67
I.	PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA LOI	67
A.	Les différentes formes de loi	67
B.	Entrée en vigueur et abrogation de la loi	68
1-	L'entrée en vigueur de la loi	68
2-	L'abrogation de la loi	69
II.	LA CRISE DE LA LOI	70
A.	L'inflation législative	70
1-	Les manifestations de l'inflation législative	70
2-	Les causes de l'inflation législative	72
3-	Les remèdes à l'inflation législative	72
B.	Le déclin qualitatif de la loi	73
1-	Les manifestations du déclin qualitatif de la loi	73
2-	Les remèdes au déclin qualitatif de la loi	75
a)	L'action des pouvoirs publics	75
b)	L'action des juridictions	77
FICHE 9 :	LA JURISPRUDENCE	78
I.	LE PHÉNOMÈNE JURISPRUDENTIEL	78
A.	La formation de la jurisprudence	79
B.	L'existence de principes généraux du droit	79
II.	LA PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE	80
A.	Le principe : l'exclusion de la jurisprudence des sources officielles du droit	80
B.	La nuance : la jurisprudence, une source officieuse du droit ?	82
FICHE 10 :	LA COUTUME	86
I.	LA NOTION DE COUTUME	86
A.	L'élément matériel de la coutume	87
B.	L'élément psychologique de la coutume	88
II.	LE RÔLE DE LA COUTUME	88
A.	La coutume « secundum legem »	88
B.	La coutume « praeter legem »	89
C.	La coutume « contra legem »	89
FICHE 11 :	LES NORMES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE	91
I.	L'INCLUSION DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1958 PARMIS LES NORMES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE	91
A.	La déclaration des droits de l'homme et du citoyen	92
B.	Le préambule de la Constitution de 1946	92

C.	La Charte de l'environnement.....	93
II. LA DECOUVERTE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DES PRINCIPES ET OBJECTIFS À VALEUR CONSTITUTIONNELLE.....		94
A.	Les principes à valeur constitutionnelle.....	94
B.	Les objectifs à valeur constitutionnelle.....	95
FICHE 12 : LES TRAITÉS ET ACCORDS INTERNATIONAUX.....		97
I. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.....		98
A.	Les Traités de l'UE.....	98
B.	Les institutions de l'UE.....	99
C.	Droit primaire et droit dérivé.....	100
II. LE DROIT EUROPÉEN.....		100
A.	La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	101
B.	La Cour européenne des droits de l'homme.....	102
1-	Le fonctionnement de la CEDH.....	102
2-	Les conditions de la saisine de la CEDH.....	103
3-	La portée des arrêts de la CEDH.....	104
FICHE 13 : LA HIÉRARCHIE DES NORMES.....		109
I. LA HIÉRARCHIE DES NORMES INTERNES.....		109
A.	Présentation de la hiérarchie des normes internes.....	109
B.	La place de la jurisprudence.....	110
1-	La jurisprudence combattue par la loi.....	110
2-	La loi concurrencée par la jurisprudence.....	111
a)	Le contrôle de conventionnalité des lois.....	111
b)	La question prioritaire de constitutionnalité.....	112
c)	Le revirement pour l'avenir.....	112
II. LA PLACE DES TRAITÉS DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES.....		112
A.	La supériorité de la Constitution sur les traités internationaux.....	112
1-	Le principe.....	113
2-	Les nuances.....	113
a)	La conception dualiste de l'ordre juridique.....	113
b)	La spécificité du droit de l'Union européenne.....	113
B.	La supériorité des traités internationaux sur les lois internes.....	115
1-	Fondement du principe de supériorité des traités sur les lois.....	116
2-	Étendue du principe de supériorité des traités sur les lois.....	116
a)	Tous les traités.....	116
b)	Toutes les lois, même postérieures aux traités.....	116
FICHE 14 : LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS.....		118
I. PRÉSENTATION DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS.....		118
A.	Le contrôle <i>a priori</i>	118
B.	Le contrôle <i>a posteriori</i> (question prioritaire de constitutionnalité).....	121
1-	Présentation de la QPC.....	121
2-	Modalités d'application de la QPC.....	122
3-	Issue de la QPC.....	122
4-	Bilan de la QPC.....	124
II. PORTÉE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS.....		125
A.	L'extension du contrôle de constitutionnalité.....	125
1-	L'élargissement des normes de référence.....	126
2-	La diversification des techniques de contrôle.....	126
B.	L'engagement de la responsabilité de l'État.....	127
FICHE 15 : LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES LOIS.....		128
I. EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES LOIS.....		128
A.	L'incompétence du Conseil constitutionnel.....	128
B.	La compétence des juges ordinaires.....	128
II. ISSUE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ D'UNE LOI.....		129
A.	La mise à l'écart de la loi inconstitutionnelle.....	130

B.	La responsabilité de l'État	131
FICHE 16 : L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS		132
I. L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI NOUVELLE.....		133
A.	Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.....	133
B.	L'exception au principe d'application immédiate de la loi nouvelle.....	134
C.	Les exceptions à l'exception.....	135
1-	Le législateur	135
2-	Le juge.....	136
II. LA NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI NOUVELLE		137
A.	Le principe de non-rétroactivité.....	137
1-	Énoncé du principe	137
2-	Portée du principe	138
B.	Les exceptions au principe de non-rétroactivité.....	138
1-	L'existence de lois rétroactives	138
a)	Les lois expressément rétroactives.....	138
b)	Les lois par nature rétroactives	139
c)	Les lois pénales plus douces	140
2-	Le contrôle des lois rétroactives	140
a)	Le contrôle des lois rétroactives par les juges.....	141
b)	Le contrôle des lois rétroactives par le Conseil constitutionnel.....	141
FICHE 17 : L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS		143
I. LE PRINCIPE : LA RÉTROACTIVITÉ DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE		144
A.	Fondements de la rétroactivité.....	144
B.	Critiques de la rétroactivité.....	145
II. LA NUANCE : LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE.....		145
A.	L'impulsion doctrinale.....	145
B.	La réaction jurisprudentielle	146
1-	La consécration du revirement pour l'avenir.....	146
2-	La limitation du revirement pour l'avenir.....	147
FICHE 18 : LA CHARGE DE LA PREUVE.....		148
I. LE PRINCIPE.....		148
A.	La procédure accusatoire du droit civil	148
B.	Quelle partie au procès ?	149
II. LES EXCEPTIONS		151
A.	Les présomptions légales	151
B.	Le renversement judiciaire de la charge de la preuve	152
1-	La preuve difficile.....	152
2-	La preuve impossible	152
Lorsque l'objet de la preuve porte sur un fait négatif , celle-ci devient quasiment impossible à rapporter. Comment en effet prouver un fait qui n'a pas eu lieu, qui n'a pas existé ? Dans ces cas de figure, la Cour de cassation opère un renversement de la charge de la preuve.....		152
FICHE 19 : LES MODES DE PREUVE		154
I. LES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE		154
A.	La preuve par écrit	154
1-	La notion d'écrit.....	154
2-	Les actes authentiques	156
3-	Les actes sous signature privée.....	156
B.	Les autres modes de preuve	157
1-	Le témoignage	158
2-	L'aveu.....	158
a)	L'aveu judiciaire (art. 1383-2 du code civil).....	158
b)	L'aveu extra-judiciaire (art 1383-1 du code civil)	159
3-	Le serment	159
a)	Le serment décisoire	159
b)	Le serment déféré d'office	160

4-	Les présomptions judiciaires.....	160
II.	L'ADMISSIBILITÉ DES MODES DE PREUVE	161
A.	La légalité de la preuve	161
1-	Le principe : l'exigence d'un écrit	161
2-	Les exceptions à l'exigence d'un écrit.....	162
a)	L'impossibilité de rapporter une preuve par écrit.....	162
b)	L'usage de ne pas établir un écrit.....	163
c)	La perte de l'écrit par force majeure	163
d)	Le commencement de preuve par écrit	163
e)	La preuve à l'égard des commerçants.....	164
f)	L'existence d'une copie fiable	164
g)	Les conventions sur la preuve	165
B.	La liberté de la preuve.....	166
1-	Le principe : la liberté de la preuve	166
2-	L'exception : l'irrecevabilité de la preuve déloyale	166
3-	L'exception à l'exception : le droit à la preuve	170
	FICHE 20 : LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.....	173
I.	L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.....	173
A.	La personnalité juridique des personnes morales	173
B.	La personnalité juridique des personnes physiques	175
1-	Le principe.....	175
a)	L'admission de l'avortement	175
b)	L'exclusion de l'homicide sur fœtus	176
2-	Les nuances.....	176
a)	L'adage « infans conceptus ».....	176
b)	L'acte d'enfant sans vie	177
II.	LA PERTE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE	178
A.	Le décès de la personne	178
1-	La publicité du décès.....	178
2-	Le sort du cadavre.....	179
B.	La disparition et l'absence de la personne.....	180
1-	La disparition	180
2-	L'absence	181
a)	La présomption d'absence	181
b)	La déclaration d'absence	182
	FICHE 21 : LES DROITS SUBJECTIFS.....	184
I.	LA NOTION DE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	184
A.	Les contours de la notion de vie privée.....	184
1.	Les titulaires du droit à la vie privée.....	185
2.	Les composantes de la vie privée	185
a.	Les composantes certaines de la vie privée	185
b.	Les composantes incertaines de la vie privée	187
B.	La sanction des atteintes au droit à la vie privée	188
1.	L'allocation de dommages-intérêts	188
2.	Les autres mesures préventives et curatives.....	188
II.	LES LIMITES DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE.....	189
A.	Le conflit entre droit à la vie privée et liberté d'expression.....	190
B.	La conciliation entre droit à la vie privée et liberté d'expression.....	191