



2022-2023 / 11^e édition

Introduction au droit

Astrid Marais



VUIBERT DROIT

Collection dirigée par Frédéric Debove

Directeur de l'Institut de droit et d'économie de l'université Panthéon-Assas (Paris 2)
Ancien membre du Conseil national des universités

INTRODUCTION AU DROIT

11^e édition

Astrid Marais

Agrégée des facultés de droit
Professeur à l'Université de Paris 8

Vuibert

ISBN 978-2-311-41002-0

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le photocopillage, c'est l'usage abusif et collectif de la photocopie sans autorisation des auteurs et des éditeurs. Largement répandu dans les établissements d'enseignement, le photocopillage menace l'avenir du livre, car il met en danger son équilibre économique. Il prive les auteurs d'une juste rémunération. En dehors de l'usage privé du copiste, toute reproduction totale ou partielle de cet ouvrage est interdite.

Des photocopies payantes peuvent être réalisées avec l'accord de l'éditeur.

S'adresser au Centre français d'exploitation du droit de copie :

20, rue des Grands-Augustins, F-75006 Paris. Tél. : 01 44 07 47 70



À Marie-Stéphane Payet,
Une amie si merveilleuse qu'elle en est devenue improbable,
Là, plus là, encore là...

À Nicolas et Gabriel, ses enfants.
À leurs rires.
Pour eux – promis – j'apprendrai à compter jusqu'à vingt-et-un
pour ne plus tricher au tarot.

À David, son mari,
Ensemble, ils ne faisaient qu'un.

À sa famille, ses amis, ses étudiants,
à tous ceux qui l'aimaient et qu'elle aimait tant.

Sommaire

Première partie L'INTÉGRALITÉ DU COURS

Introduction.....	3
-------------------	---

I. Présentation du droit

Titre 1. Présentation du Droit objectif

Chapitre 1. L'identification de la règle de droit	14
--	----

Section 1. RÈGLES JURIDIQUES ET RÈGLES NON JURIDIQUES.....	14
--	----

Section 2. LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT.....	45
---	----

Chapitre 2. Le fondement de la règle de droit	49
--	----

Section 1. PRÉSENTATION DES DOCTRINES IDÉALISTES ET DES DOCTRINES POSITIVISTES.....	49
---	----

Section 2. LES ENJEUX.....	52
----------------------------	----

Chapitre 3. La diversité des règles de droit	54
---	----

Titre 2. Présentation des droits subjectifs

Chapitre 1. Les droits patrimoniaux	59
--	----

Section 1. LE PATRIMOINE : LE CONTENANT DES DROITS PATRIMONIAUX.....	59
--	----

Section 2. LES DROITS PATRIMONIAUX : LE CONTENU DU PATRIMOINE.....	61
--	----

Chapitre 2. Les droits extrapatrimoniaux	72
---	----

Section 1. LES DIFFÉRENTS DROITS EXTRAPATRIMONIAUX.....	72
---	----

Section 2. LE RÉGIME DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX.....	75
--	----

II. La création du droit

Titre 1. La création du Droit objectif

Chapitre 1. L'évolution des sources du droit français	80
--	----

Section 1. LES SOURCES DU DROIT AVANT L'ADOPTION DU CODE CIVIL.....	80
---	----

Section 2. L'ADOPTION DU CODE CIVIL.....	84
--	----

Section 3. LES SOURCES DU DROIT FRANÇAIS DEPUIS LE CODE CIVIL.....	86
--	----

Chapitre 2. La détermination des sources du Droit objectif	100
---	-----

Section 1. LA LOI, SOURCE ÉCRITE.....	100
---------------------------------------	-----

Section 2. LA COUTUME, SOURCE ORALE.....	137
--	-----

Section 3. LA JURISPRUDENCE, SOURCE « TRIOMPHANTE ».....	142
Section 4. LA DOCTRINE : UNE AUTORITÉ DE FAIT.....	158

Titre 2. La création des droits subjectifs

Chapitre 1. L'acte juridique	162
Section 1. LA NOTION D'ACTE JURIDIQUE.....	162
Section 2. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES ACTES JURIDIQUES.....	163
Chapitre 2. Le fait juridique	172
Section 1. LES FAITS DE LA NATURE.....	172
Section 2. LES FAITS DE L'HOMME.....	173

III. La réalisation du droit

Titre 1. La réalisation du Droit objectif

Chapitre 1. L'application du Droit objectif	180
Section 1. L'APPLICATION DU DROIT OBJECTIF DANS L'ESPACE.....	180
Section 2. L'APPLICATION DU DROIT OBJECTIF DANS LE TEMPS.....	185
Chapitre 2. L'interprétation du Droit objectif	213
Section 1. QUI INTERPRÈTE ?.....	213
Section 2. QUAND INTERPRÉTER ?.....	219
Section 3. COMMENT INTERPRÉTER ?.....	222

Titre 2. La réalisation des droits subjectifs

Chapitre 1. Qui doit prouver ? La charge de la preuve	228
Section 1. LES PARTIES OU LE JUGE ?.....	228
Section 2. QUELLE PARTIE ?.....	231
Chapitre 2. Comment prouver ? Les modes de preuve	236
Section 1. LES MODES DE PREUVE ET LEUR FORCE PROBANTE.....	237
Section 2. L'ADMISSIBILITÉ DES MODES DE PREUVE.....	247

Seconde partie : L'ÉVALUATION DES CONNAISSANCES 259

Méthodologie de l'épreuve écrite et cas pratiques corrigés	273
---	-----

Lecture conseillée	293
---------------------------------	-----

Première partie



L'intégralité
du cours

Introduction

Qu'est-ce qu'une « introduction au droit » ?

- (1) Une **introduction**... : le terme provient du verbe latin *introducere* : « conduire, amener dans ». L'introduction vise donc à faire connaître à quelqu'un ce qui lui est inconnu.

... **au droit** : le droit, cet inconnu ? L'interrogation n'aurait pas surpris Flaubert qui, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, affirmait que « le droit, on ne sait pas ce que c'est ». Pourtant, s'il est des idées reçues au sujet du droit, elles seraient plutôt autres : chacun a son idée sur la définition du droit, l'assimilant le plus souvent à des **interdits sociaux** : « tu n'as pas le droit de tuer », et parfois à des **aspirations individuelles** : « j'invoque mon droit au bonheur ». Dans le langage juridique, ces acceptions courantes ne traduisent qu'imparfaitement les deux principaux sens du mot « droit » qui permettent de distinguer le Droit objectif des droits subjectifs.

→ En termes juridiques, les **interdits sociaux** relèvent bien souvent du **Droit objectif**. Celui-ci est un ensemble de règles qui gouvernent la conduite de l'homme en société et dont le respect est assuré par l'autorité publique.

Exemple : l'interdiction de tuer est une règle du Droit objectif.

* Le Droit objectif est *un ensemble de règles*, tout d'abord, conformément à l'étymologie du mot « droit ». Venant du latin *directum* qui signifie « en ligne droite », le Droit implique, au sens figuré, l'idée de ce qui est conforme à la règle.

* ... *qui gouvernent la conduite de l'homme en société*, ensuite, car pas de société sans droit, selon l'adage classique *Ubi societas ibi jus*.

* ... *dont le respect est assuré par l'autorité publique*, enfin, ce qui permet de distinguer la règle de droit des autres règles de la vie sociale, non juridiques.

→ Les **aspirations individuelles**, quant à elles, pourraient parfois être traduites dans le langage juridique en termes de **droits subjectifs**. Les droits subjectifs sont des **prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le Droit objectif**.

Exemple : le droit de propriété est un droit subjectif. Le bonheur, lui, n'est pas l'objet d'un droit subjectif : il ne fait naître, au profit de l'individu, aucune prérogative précise dont la méconnaissance serait sanctionnée par l'autorité publique.

Fiche 1
Les instruments de travail

Code civil

Version papier, Dalloz (rouge) ou LexisNexis (bleu).

Apprentissage du maniement du Code civil.

→ Quel est le plan du Code civil ?

La **table des matières** est placée au début : le Code civil comporte cinq livres, précédés d'un titre préliminaire. (Titre préliminaire : De la publication, des effets et de l'application des lois en général ; Livre 1^{er} : Des personnes ; Livre 2^e : Des biens et des différentes modifications de la propriété ; Livre 3^e : Des différentes manières dont on acquiert la propriété ; Livre 4^e : Des sûretés ; Livre 5^e : Dispositions applicables à Mayotte)

→ Quel est le nombre d'alinéas de l'article 9 du Code civil ?

Un alinéa est concrétisé par un passage à la ligne. L'article 9 du Code civil contient deux alinéas. Attention à ne pas confondre l'article du Code avec la jurisprudence citée sous ce texte par les éditeurs.

→ Quel article définit le mandat ?

Une **table alphabétique** est placée à la fin du Code. Elle renvoie aux articles du Code civil. L'article 1984 du Code civil définit le mandat.

→ Où se trouve le texte de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 ?

Une table chronologique se situe également à la fin du Code, avant la table alphabétique. L'ordonnance du 17 février 2005 se trouve, dans le code Dalloz, sous l'article 1649 du Code civil.

→ Quelle est la date de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière concernant l'image des biens ?

En recherchant « image » des biens, la table alphabétique renvoie à l'article 544 et à la jurisprudence s'y référant. L'arrêt de l'Assemblée plénière date du 7 mai 2004.

Version numérisée : sur le site Legifrance, qui comporte le texte intégral des codes, des conventions collectives et des lois et décrets depuis 1978. <http://www.legifrance.gouv.fr/html/index.html>

Décisions de justice : où les trouver ?

Décisions non commentées :

- Cour européenne des droits de l'homme : <http://www.echr.coe.int/echr/>
- Cour de justice de l'Union européenne : <http://www.curia.europa.eu>
- Cour de cassation : Legifrance ; certaines sont sur le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr/>.

La Cour de cassation comprend une chambre criminelle et cinq chambres civiles. Les trois premières chambres civiles n'ont pas de dénomination particulière ; la quatrième est la chambre commerciale et la cinquième, la chambre sociale.

Les arrêts de la Cour de cassation sont rendus :

- soit par l'une de ses six chambres ;
- soit par une chambre mixte, « lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes » (article L. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire) ;
- soit par l'Assemblée plénière, « lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond soit entre les juges du fond et la Cour de cassation » (dans ce cas le renvoi devant l'Assemblée plénière est facultatif) ou « lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens » (dans ce cas, le renvoi est obligatoire) (article L. 431-6 Code de l'organisation judiciaire).

La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation : P. B. R. I. (avant 2021) et B.R.L.C (depuis 2021)

Jusqu'en juin 2021, les mentions « P.B.R.I. » permettaient de hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation.

« P » désignait, selon le cas, les arrêts publiés au Bulletin des arrêts des chambres civiles ou au Bulletin des arrêts de la chambre criminelle.

« B » désignait les arrêts publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC).

« R » désignait les arrêts analysés au rapport annuel de la Cour de cassation.

« I » désignait les arrêts diffusés sur le site internet de la Cour de cassation.

Depuis juin 2021, dans un contexte de la dématérialisation du Bulletin de la Cour de cassation, qui devrait être effective à l'automne 2021, et de la suppression du Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC), les sigles ont été modifiés de la manière suivante :

« B » désigne les arrêts publiés au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Il correspond à l'ancien « P ».

« R » continue à viser les arrêts qui sont publiés et commentés dans le Rapport annuel d'activité de la Cour de cassation.

« L » pour « *Lettres de chambre* » et « C » pour « *Communiqué* », à usage interne de la Cour de cassation, sigles de la communication, englobent, en étant plus larges, l'ancien « B » et l'ancien « I ». Il s'agit d'arrêts pour lesquels la Cour de cassation souhaite communiquer plus largement.

Source : site de la Cour de cassation

Décisions commentées, notamment :

- La revue *Dalloz* (en abréviation D)
- La *Semaine juridique ou juris-classeur périodique* (JCP)
- La *Gazette du Palais* (Gaz. Pal.)
- Les *Petites affiches* (PA)
- La *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD Civ.)
- *Contrat concurrence et consommation* (CCC)
- La *Revue des contrats* (RDC)

Fiche 2

Les mots du droit à travers l'histoire judiciaire du litige

Le langage juridique est souvent technique. Il doit être maîtrisé par le juriste qui utilise parfois un mot dans un sens qui n'est pas le plus courant. C'est ainsi, par exemple, que le terme « réticence », en droit, renvoie, conformément à l'étymologie latine, au silence. Est réticent celui qui se tait, alors que dans un sens courant, critiqué par les puristes, la réticence est une attitude de réserve. Le langage juridique est précis et il convient d'utiliser le mot juste : **une loi dispose**, énonce, prévoit, mais elle ne stipule pas. **C'est le contrat qui stipule.**

C'est ainsi, par exemple, que pour retracer l'histoire judiciaire du litige, certains termes sont utilisés, qu'il convient de connaître.

L'histoire judiciaire commencera lorsqu'un conflit opposant deux personnes n'a pas pu être réglé à l'amiable. L'une d'elles, appelée le **demandeur** (le terme plaignant n'est utilisé qu'en matière pénale), introduit l'instance en **assignant** son adversaire en justice. Ce dernier est le **défendeur**, et non un défenseur qui assure la défense d'une partie au procès.

Le tribunal saisi rend un **jugement**. Un tribunal (d'instance, de grande instance...) ne rend jamais d'arrêt, seule une cour (d'appel ou de cassation) rend des arrêts. Le tribunal **déboute** le demandeur ou, au contraire, fait droit à sa demande.

La partie qui a perdu en première instance (la partie succombante) peut **interjeter appel de la décision** (lorsque le jugement n'a pas été rendu en premier et dernier ressort). Le demandeur est l'**appelant** ; le défendeur, l'**intimé**.

La cour d'appel rend un **arrêt infirmatif** lorsqu'elle réforme la décision des premiers juges ou un **arrêt confirmatif**, dans le cas contraire.

Le tribunal (1^{er} degré de juridiction : 1^{re} instance) et la cour d'appel (2^e degré de juridiction : 2^e instance) sont des **juges du fond** qui jugent en fait et en droit.

La partie qui a succombé en appel peut **former un pourvoi** contre l'arrêt devant la Cour de cassation.

Unique (située à Paris), la Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Elle n'est pas un troisième degré de juridiction, car elle ne juge pas les affaires au fond (les faits). N'appréciant pas à nouveau les faits du litige, la Cour de cassation ne juge, en principe, qu'en droit. Par exception, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a permis, en matière civile, à la Cour de cassation de statuer au fond après cassation, « lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » (art. L. 411-3 al. 2 du Code de l'organisation judiciaire).

La Cour de cassation peut anéantir la décision des juges du fond, si elle juge qu'ils ont mal appliqué la règle de droit : elle **casse** l'arrêt de la cour d'appel ; on ne dit jamais qu'elle infirme la décision de la cour d'appel.

La Cour de cassation peut maintenir la décision des juges du fond en estimant qu'ils ont correctement appliqué la règle de droit : elle **rejette le pourvoi** ; on ne dit jamais qu'elle confirme une décision.

→ **Sur le fond**, l'arrêt de la Cour de cassation, comme toute autre décision, use d'un raisonnement syllogistique (raisonnement qui fonde une conclusion sur deux propositions posées comme vraies) :

- la règle de droit est « la majeure » ;
- les faits de l'espèce sont « la mineure » ;
- l'application de la règle de droit aux faits, « la conclusion ».

Exemple : M. Tortut prétend que M. Lelièvre lui a cassé le bras au cours d'une bagarre.

M. Tortut (le demandeur) assigne en justice M. Lelièvre (le défendeur), pour lui demander réparation de son préjudice.

Le tribunal considère que M. Lelièvre n'a pas cassé le bras de M. Tortut. Il déboute M. Tortut de sa demande en réparation. Ce dernier interjette alors appel de la décision.

1^{re} variante : la cour d'appel infirme le jugement du tribunal. Estimant que M. Lelièvre a cassé le bras de M. Tortut (faits), la cour d'appel en déduit que M. Tortut a droit à réparation de son dommage (droit). La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par M. Lelièvre contre l'arrêt de la cour d'appel.

2^e variante : la cour d'appel rend un arrêt confirmatif. Mais, à la différence du tribunal, elle estime que M. Lelièvre a cassé le bras (faits), tout en refusant d'en déduire que M. Tortut a droit à réparation (droit).

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel en suivant ce raisonnement :

- Toute faute engage la responsabilité de son auteur (majeure), en vertu de l'article 1240 du Code civil (anc. art. 1382) ;
- M. Lelièvre a cassé le bras de M. Tortut (mineure). Ce fait, souverainement constaté par la cour d'appel, sera tenu pour acquis par la Cour de cassation.
- M. Lelièvre a commis une faute qui l'oblige à réparer le dommage subi par M. Tortut (conclusion).

→ **Sur la forme**, la Cour de cassation a adopté de nouvelles règles de rédaction qui s'appliquent à tous ses arrêts à compter du 1^{er} octobre 2019 (voir déjà, Cass. com. 26 sept. 2018, pourvoi n° 16-18.281).

Autrefois, les phrases de la Cour de cassation étaient toujours introduites par des « attendus ». L'arrêt de cassation, à la différence de l'arrêt de rejet, était précédé d'un visa (« vu l'article 1240 du Code civil », qui indique le texte de loi ou le principe général qui a été violé par les juges du fond). L'attendu final de l'arrêt de rejet commençait par « mais attendu que ». L'arrêt de rejet faisait parfois l'objet d'un contresens chez les étudiants qui confondaient l'attendu qui résumait l'argument (le moyen) du demandeur au pourvoi (« alors que... »), avec l'attendu final (« mais attendu que ») par lequel la Cour de cassation réfutait les moyens du pourvoi.

Dorénavant, les « attendus » disparaissent au profit d'une rédaction en style direct, accompagnée d'une numérotation des paragraphes. Tous les arrêts sont rédigés selon un même plan :

1. faits et procédure ;
2. examen des moyens du pourvoi (critique de la décision attaquée) ;
3. dispositif de l'arrêt (ce qu'il décide : par ces motifs, casse ou rejette).

En outre, les arrêts les plus importants bénéficient d'une motivation développée (enrichie) afin de permettre un accès au droit plus précis et plus informé.

Extraits du dossier de presse de la Cour de cassation sur la réforme du mode de rédaction des arrêts pour la conférence de presse du 5 avril 2019 (site de la Cour de cassation)

EN QUELQUES MOTS...

HISTORIQUE

2014 : Une démarche collective, large, très ouverte, a été engagée par et à la Cour de cassation en vue de réfléchir aux évolutions possibles et souhaitables en matière de motivation de ses décisions.

Mars 2017 : Une commission a été chargée de proposer des choix précis, argumentés, et d'élaborer, en fonction, un projet de dispositif opérationnel. Elle a achevé ses travaux à la mi-décembre 2018.

Février - mars 2019 : Des solutions concrètes ont été formalisées pour servir de règles rédactionnelles.

OBJECTIFS DE LA RÉFORME

La motivation en forme développée des arrêts qui le nécessitent doit permettre un accès au droit plus précis et plus informé.

Elle est porteuse d'une dimension à la fois explicative, pédagogique (permettre à chacun de mieux comprendre la décision en mettant davantage en évidence la progression du raisonnement qui a conduit à la solution retenue) et persuasive (conduire les parties à mieux accepter la décision). Rendre une décision plus aisément intelligible, c'est aussi se placer du point de vue de son lecteur.

La motivation en forme développée est un gage de sécurité juridique (la lisibilité de la décision participe fortement de la prévisibilité du droit).

Enfin, une jurisprudence constituée de décisions plus explicites, à la traçabilité plus nette, contribuera – notamment en facilitant la traduction - à la diffusion du droit français dans le champ juridique international.

Un arrêt peut être regardé comme bien motivé dès l'instant où sa seule lecture suffit à tout juriste pour en saisir le sens et la portée.

MOTIVATION DÉVELOPPÉE

SON CONTENU	CHAMP D'APPLICATION
Expliquer, lorsqu'il y a lieu, la méthode d'interprétation, retenue par la Cour, des textes pertinents. Faire mention des solutions alternatives non retenues lorsque celles-ci ont été sérieusement discutées au cours du délibéré, en mettant en évidence les raisons pour lesquelles elles ont été écartées.	La motivation en forme développée n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les décisions mais à enrichir celles qui le justifient plus particulièrement. Elle concerne au premier chef les arrêts qui : • opèrent un revirement de jurisprudence ;

SON CONTENU	CHAMP D'APPLICATION
<p>Quand il y a lieu, en particulier en cas de revirement de jurisprudence, citer les "précédents" pour donner une traçabilité à l'arrêt au sein de la jurisprudence de la Cour.</p> <p>Faire état des études d'incidences (lorsqu'elles existent et qu'elles ont rempli un rôle conséquent dans le choix de la solution retenue).</p> <p>En cas de cassation partielle avec renvoi devant une juridiction du fond, donner dans les motifs mêmes de l'arrêt toutes précisions utiles sur ce qui reste à juger.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • tranchent une question de principe ou présentent un intérêt marqué pour le développement du droit ; • procèdent à l'interprétation d'un texte nouveau ; • présentent un intérêt pour l'unité de la jurisprudence ; • mettent en jeu la garantie d'un droit fondamental ; • 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.

STYLE DE RÉDACTION : POUR TOUS LES ARRÊTS

Que leur motivation soit traditionnelle ou développée

Avant la fin de l'année 2019, tout arrêt, qu'il comporte ou non une motivation en forme développée, devra comporter trois parties bien identifiées et nommées comme telles :

- 1. faits et procédure ;**
- 2. examen des moyens** du pourvoi (critique de la décision attaquée) ;
- 3. dispositif** de l'arrêt (ce qu'il décide).

La phrase unique, introduite par des attendus, sera abandonnée au profit d'une rédaction en style direct, accompagnée d'une numérotation des paragraphes assortis de titres de plusieurs niveaux.

Exemple n° 1

Rédaction en style direct	Rédaction en « attendu »
<p>Faits et procédure</p> <p>1. Selon l'arrêt attaqué (Cayenne, 26 août 2016), rendu en référé, l'établissement public d'aménagement en Guyane (l'EPAG), aux droits duquel vient l'établissement public foncier et d'aménagement de la Guyane (l'EPFAG), a, par convention du 27 octobre 2005, autorisé M. X... à occuper un terrain faisant l'objet d'un programme d'aménagement de parcelles agricoles.</p> <p>2. Cette autorisation a été accordée à titre précaire et révocable, pour une durée « qui ne pourra se prolonger au-delà de l'achèvement du programme d'aménagement », et en contrepartie de l'engagement de l'occupant à procéder à une mise en valeur exclusivement agricole.</p>	<p>LA COUR, [...]</p> <p>Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu en référé, que, par convention du 27 octobre 2005, l'établissement public d'aménagement en Guyane (l'EPAG), aux droits duquel vient l'établissement public foncier et d'aménagement de la Guyane, a autorisé M. X... à occuper un terrain faisant l'objet d'un programme d'aménagement de parcelles agricoles ; que cette autorisation a été accordée à titre précaire et révocable, pour une durée « qui ne pourra se prolonger au-delà de l'achèvement du programme d'aménagement », et en contrepartie de l'engagement de l'occupant à procéder à une mise en valeur exclusivement agricole.</p>

Exemple n° 2

Rédaction en style direct	Rédaction en « attendu »
<p><i>Sur le moyen unique du pourvoi incident</i> <u>Énoncé du moyen</u> 8. M. X... fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa demande reconventionnelle en paiement, alors : 1°/ que si les articles 564 à 566 du code de procédure civile sont applicables aux demandes nouvelles lorsqu'elles émanent de la partie qui avait la qualité de demandeur à la première instance, en revanche, ces textes ne sont pas applicables lorsque la demande nouvelle émane de la partie qui avait, en première instance, la qualité de défendeur ; qu'en opposant l'article 564 à M. X..., qui avait la qualité de défendeur en première instance, les juges du fond ont violé par fausse application des articles 564 à 566 du code de procédure civile ; 2°/ qu'en tout cas, faute d'avoir recherché, en application de l'article 567 du code de procédure civile, seul applicable à une demande reconventionnelle formée par le défendeur de première instance, si la demande de M. X... présentait un lien suffisant avec la demande formulée en première instance par l'EPAG, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 70 et 567 du code de procédure civile. <u>Réponse au moyen</u> 9. Aux termes de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier.</p>	<p><u>Sur le moyen unique du pourvoi incident :</u> Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa demande reconventionnelle en paiement, alors, selon le moyen : <i>1°/ que, si les articles 564 à 566 du code de procédure civile sont applicables aux demandes nouvelles lorsqu'elles émanent de la partie qui avait la qualité de demandeur à la première instance, en revanche, ces textes ne sont pas applicables lorsque la demande nouvelle émane de la partie qui avait, en première instance, la qualité de défendeur ; qu'en opposant l'article 564 à M. X..., qui avait la qualité de défendeur en première instance, les juges du fond ont violé par fausse application des articles 564 à 566 du code de procédure civile ;</i> <i>2°/ qu'en tout cas, faute d'avoir recherché, en application de l'article 567 du code de procédure civile, seul applicable à une demande reconventionnelle formée par le défendeur de première instance, si la demande de M. X... présentait un lien suffisant avec la demande formulée en première instance par l'EPAG, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 70 et 567 du code de procédure civile ;</i> Mais attendu qu'aux termes de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier.</p>

I. Présentation du droit

(2) Le mot « droit » a, comme cela a été indiqué, deux sens principaux.

Utilisé au singulier (et souvent écrit avec une majuscule), il désigne un corps de règles organisant la vie en société qui s'applique à toute personne, de manière générale et impersonnelle. Parce qu'elles sont appréhendées de façon objective, indépendamment de leur destinataire, ces règles forment le Droit objectif.

Utilisé au pluriel, le terme « droits » désigne les prérogatives individuelles et particulières dont peuvent se prévaloir les individus dans leurs relations avec les autres. Prérogative d'un sujet, le droit est dit alors « subjectif ».

Ces deux définitions du mot « droit » sont **complémentaires** ; elles permettent de rendre compte du droit dans sa totalité : le droit est un ensemble de règles générales et impersonnelles (le Droit objectif) dont l'application permet à l'individu de se prévaloir de prérogatives, individuelles et particulières (les droits subjectifs).

Exemple

L'article 1240 du Code civil (anc. art. 1382) oblige toute personne à réparer le dommage qu'elle a causé, par sa faute, à autrui. Cette règle générale est une prescription du Droit objectif qui s'applique à tous.

Par la faute de M. Lelièvre, M. Tortut s'est brisé le bras. M. Tortut a le droit d'obtenir réparation de son dommage. Il s'agit d'un droit subjectif qui met en œuvre la règle de Droit objectif.

S'il est vrai qu'un droit subjectif ne peut exister sans que le Droit objectif ne l'ait reconnu, il ne faudrait pas croire, à l'inverse, que le Droit objectif ait pour unique objet de consacrer les droits subjectifs. Le Droit objectif a un domaine plus large et pose ainsi des règles nécessaires à l'organisation sociale qui ne consacrent pas toujours des droits subjectifs.

Exemple

Les règles relatives à l'organisation des tribunaux relèvent du seul Droit objectif et ne consacrent aucun droit subjectif.

Titre 1. Présentation du Droit objectif

Titre 2. Présentation des droits subjectifs

TITRE 1

Présentation du Droit objectif

(3) Dire que le Droit objectif pose des règles ayant vocation à organiser la vie en société ne permet pas de le distinguer d'autres règles de la vie sociale auxquelles l'homme se conforme par devoir, par conviction, par savoir-vivre. Aussi convient-il d'identifier, parmi les règles de la vie sociale, celles qui sont des règles de droit (chapitre 1). Mais qu'est-ce qui justifie que certaines règles accèdent à la juridicité et d'autres non? Donner une réponse à cette question philosophique implique de rechercher le fondement de la règle de droit (chapitre 2).

Ce n'est pas dire que toutes les règles de droit sont identiques. Bien au contraire, la complexité de la société ne peut être appréhendée par le droit que par une diversité de règles (chapitre 3).

Chapitre 1. L'identification de la règle de droit

Chapitre 2. Le fondement de la règle de droit

Chapitre 3. La diversité des règles de droit

Chapitre 1

L'identification de la règle de droit

Pour identifier la règle de droit, il faut la distinguer des autres règles non juridiques (section 1), pour ensuite en dégager les caractères (section 2).

Section 1. RÈGLES JURIDIQUES ET RÈGLES NON JURIDIQUES

- (4) Règles de bienséance, règles morales, préceptes religieux sont autant de règles de la vie sociale qui ne sont pas, en principe, des règles juridiques.

Exemple

Je vous invite à dîner. Vous acceptez mon invitation. Vous ne vous rendez pas le jour venu à mon invitation, sans raison. Vous enfreignez une règle de bienséance, mais non une règle juridique.

Parmi les différentes règles non juridiques qui tendent à réaliser un fonctionnement harmonieux des rapports humains, la morale et la religion seront prises pour exemple afin d'établir les critères de distinction entre les règles juridiques et les règles non juridiques (1) et étudier les relations entre les règles juridiques et les règles non juridiques (2).

1. La distinction entre les règles juridiques et les règles non juridiques

Le droit se distingue de la morale et de la religion par la source de ses règles, par sa finalité et par sa sanction.

A. La source des règles

- (5) Morale et droit se distinguent par la source de leurs règles.
→ Les *règles de la morale* sont dictées par la *conscience*; elles trouvent leur source dans l'homme.

→ Les *normes juridiques* sont édictées par une *autorité publique* régulièrement habilitée à cette fin ; elles ont une *source extérieure aux individus*.

Exemple

Je peux décréter une règle morale, si ma conscience dicte mon comportement : je peux décider que je ne fumerai pas en présence d'enfants.

Je ne peux décréter une règle juridique : je ne peux pas décider que toute personne qui fume en présence d'enfants sera sanctionnée par l'État.

(6) Le caractère extérieur de la règle de droit n'est cependant pas un critère déterminant de distinction entre les règles juridiques et les règles non juridiques.

→ D'une part, la *règle religieuse*, comme la règle de droit, émane d'une *autorité extérieure* à l'individu. Seul Dieu ou l'autorité religieuse édicte des règles. L'individu ne peut se donner ses propres règles : s'agirait-il encore de religion ? Je ne peux donc pas décréter une règle religieuse, en ajoutant, par exemple, dans la religion catholique, un onzième commandement à la Parole de Dieu.

→ D'autre part, la *règle de droit* peut résulter des *pratiques habituellement suivies par le corps social* ; elle a sa source dans la coutume. On est alors très proche d'une morale coutumière, d'une morale collective.

B. La finalité des règles

(7) La finalité des règles morales et des règles religieuses n'est pas la même que celle de la règle de droit.

→ La *morale* et la *religion* tendent vers le *perfectionnement de l'homme* ; elles poursuivent une *finalité individuelle*. Aussi pourrait-on dire que le sujet moral est un sage ; celui qui se conforme aux lois de Dieu, un saint ; tandis que le sujet de droit serait un « personne raisonnable », autrefois désignée, dans le Code civil, comme un « bon père de famille »¹.

→ Le *droit* organise la vie en société pour assurer *l'ordre et la paix* dans les relations des hommes entre eux. Tourné davantage vers la société que vers l'individu, le droit a une *finalité sociale*.

C. La sanction des règles

(8) Morale, religion, droit posent des règles assorties de sanctions. Mais ces sanctions se distinguent par leur origine.

→ Les sanctions de la violation d'une *règle morale* ou *religieuse* sont *d'ordre interne* : c'est la culpabilité et le remords qui sanctionnent la violation d'une règle morale ou religieuse.

→ Les sanctions de la violation d'une *règle de droit* sont *d'ordre externe* : c'est l'État qui assure le respect d'une règle de droit en prévoyant sa sanction.

(9) Même certaine, cette opposition fondée sur la sanction des règles doit être nuancée. En effet, morale et religion peuvent faire l'objet de sanctions extérieures à l'individu : les autorités religieuses peuvent édicter des sanctions, telle l'excommunication, et la sanction d'une règle morale n'est pas non plus

1. Cette expression, jugée discriminatoire et stéréotypée, a été supprimée du Code civil par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

toujours d'origine interne car la réprobation des tiers, même muette, est susceptible d'exercer une pression de nature à faire respecter la règle morale.

2. Les relations entre les règles juridiques et les règles non juridiques

A. Les relations entre le droit et la morale¹

Le droit et la morale n'entretiennent pas toujours des relations : il arrive que le droit ne s'intéresse pas à un comportement appréhendé par la morale et inversement qu'il saisisse des situations étrangères à la morale. Le domaine des relations doit être circonscrit (1) avant d'étudier, lorsqu'elles se réalisent, la nature de ces relations (2).

1) Le domaine des relations

- (10) Le droit et la morale ont vocation à se rencontrer lorsque leurs domaines se chevauchent, ce qui, en raison de leur finalité différente, n'est pas toujours le cas.

→ En effet, parfois *la morale a un domaine plus vaste que le droit*. Pour parfaire l'homme, la morale lui impose des devoirs, non seulement *envers les autres*, mais aussi *envers lui-même* ; le droit, parce qu'il ne tend qu'à satisfaire la bonne organisation de la société, se limite à des *devoirs de l'homme envers les autres*. Il en résulte que **tout comportement qui intéresse l'individu lui-même et qui n'a aucune incidence à l'égard d'autrui ne sera pas sanctionné par le droit, alors qu'il peut être condamné par la morale.**

Exemple

Le suicide, réprouvé par la morale, n'est pas sanctionné par le droit. En revanche, la provocation au suicide qui est le fait pour une personne d'inciter autrui à se suicider est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide (article 223-13 du Code pénal).

Exemple

Les « mauvaises pensées » échappent à la sanction du droit tant qu'elles ne sont pas suivies d'action, alors qu'elles sont réprimées par la morale.

→ Inversement, *la morale peut avoir un domaine plus étroit que le droit*. De nombreuses questions totalement étrangères au perfectionnement de l'individu que vise la morale doivent être réglées par le droit dans le but d'assurer l'ordre et la paix sociale. **Le droit pose alors des règles moralement neutres (ex. : règles fiscales), utiles à la seule bonne organisation de la société.**

Le droit et la morale ne sont donc susceptibles d'entretenir des relations que dans un champ limité : lorsque chacun pose des règles intéressant les rapports de l'homme envers autrui.

2) La nature des relations

- (11) Les relations sont celles d'une réception de la morale par le droit (a) ou d'une méconnaissance de la morale par le droit (b).

1. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, 2011.

a) La réception de la morale par le droit

À la différence de Kant qui opposait la morale et le droit, Georges Ripert, au ^{xx}^e siècle, insista sur l'inspiration morale des règles juridiques¹. Il y a de « la sève morale dans le droit »². Allant plus loin, le doyen Josserand nia même la frontière entre le droit et la morale ; selon lui, le droit n'est que « la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition »³.

Les exemples d'une telle réception sont nombreux :

→ La **bonne foi**, en application de l'article 1014 du Code civil (comp. ancien art. 1134 al. 3 CC), doit régner pendant la négociation, la formation et l'exécution des contrats.

→ L'**enrichissement injustifié**, consacré à l'article 1303 du Code civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁴, oblige celui qui s'est injustement et sans raison enrichi au détriment d'autrui à lui « verser une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

→ L'**abus de droit**, qui consiste à user de son droit dans le but de causer à autrui un dommage, est également sanctionné par la jurisprudence.

Abus de droit : affaire Clément-Bayard, Requête 3 août 1915⁵

Coquerel a installé des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues sur son terrain pour crever les ballons dirigeables décollant du fonds de son voisin, Clément-Bayard. Selon la Cour de cassation : « Le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigé que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l'article 647 du Code civil la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois ».

Affaire des fougères géantes : Cass. civ. 1, 20 janvier 1964⁶

Une personne plante des fougères de 1,70 m de hauteur à 85 cm du mur de sa voisine afin d'assombrir la cuisine de cette dernière. La Cour de cassation juge qu'un abus du droit de propriété a été commis et rappelle que « l'exercice du droit de propriété, qui a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, ne saurait autoriser l'accomplissement d'actes malveillants, ne se justifiant par aucune utilité appréciable et portant préjudice à autrui ».

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

2. G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Précis Domat Montchrestien, 13^e éd. 2007, n° 24.

3. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1927, n° 254, rééd., Dalloz 2006, p. 348.

4. L'enrichissement injustifié prend le relais de la notion d'enrichissement sans cause, à laquelle se référait la jurisprudence depuis un arrêt de la chambre des requêtes, le 15 juin 1892, DP 1892.1.596 ; S. 1893.1.281, note J.-E. Labbé ; GAJ civ., 13^e éd. n° 241.

5. Req. 3 août 1915, DP 1917, 1, 79, GAJ civ., 11^e éd. n° 62.

6. Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1964, Bull. civ. I, n° 34 ; D. 1964.518 ; JCP 1965.II.14035, note B. Oppetit.

→ L'**obligation naturelle** est un simple devoir dicté par la conscience et l'honneur, dont l'exécution au profit d'autrui ne peut être exigée en justice. En cela, elle se distingue de l'obligation civile qui, elle, peut être sanctionnée en justice.

Cependant, pour reprendre la formule de Ripert, ce « devoir moral » que constitue l'obligation naturelle, « monte » parfois à « la vie civile »¹.

D'une part, **celui qui promet d'exécuter une obligation naturelle**, en sachant qu'il n'y est pas juridiquement tenu, est lié par sa promesse. Cette promesse, faite en connaissance de cause, a pour effet de transformer l'obligation naturelle en obligation civile. Le créancier pourra alors en demander l'exécution devant les tribunaux.

D'autre part, **celui qui exécute une obligation naturelle**, en agissant non s l'impulsion d'une intention libérale, mais afin de remplir un « devoir impérieux de conscience », ne peut, par la suite, remettre en cause l'exécution d'une telle obligation². Il ne peut alors obtenir le remboursement de ce qu'il a payé à autrui. En effet, l'action en restitution est refusée en cas d'exécution volontaire d'une obligation naturelle. En ce sens, l'article 1302 du Code civil (anc. art. 1235) énonce que : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à restitution » (al. 1). « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées » (al. 2).

Exemple

Une obligation alimentaire entre ascendants et descendants est prévue par la loi : il s'agit d'une *obligation civile* (article 205 du Code civil). Un enfant pourrait être contraint de verser des aliments à ses parents qui seraient dans le besoin s'il ne le fait pas spontanément.

Mais aucun devoir alimentaire n'a été consacré par le Code civil entre frère et sœur. Relevant de la conscience, le devoir alimentaire entre frère et sœur est une *obligation naturelle*, dont l'exécution ne peut être poursuivie devant les tribunaux. Mais si un frère promet d'aider sa sœur dans le besoin, en sachant qu'il n'y est pas juridiquement obligé, cette promesse l'engage et sa sœur pourra lui demander en justice l'aide promise. De même si le frère donne à sa sœur dans le besoin une certaine somme d'argent, il ne pourra pas ensuite lui en demander le remboursement.

Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995³

Une personne gagne plus d'un million de francs au Quinté. Un de ses collègues de travail, qui s'était chargé de valider le bulletin, avait interverti les numéros, ce qui avait conduit au gain. Le gagnant lui avait promis 10 % des gains, mais avait ensuite changé d'avis. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné le gagnant à verser la somme promise au motif « que la transformation (improprement qualifiée novation) d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un enga-

1. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd. 1949, n° 192 ; pour une approche renouvelée de l'obligation naturelle : A. SERIAUX « Sous les pavés, la plage ». Une enquête sur le fondement naturel des obligations civiles », RTDciv. 2021.833.

2. Colmar, 20 déc. 1960, D. 1961.207 : l'obligation naturelle existe, en effet, chaque fois qu'une personne s'oblige envers une autre ou lui verse une somme d'argent, non sous l'impulsion d'une intention libérale, mais afin de remplir un devoir impérieux de conscience et d'honneur.

3. Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1997.155, note G. Pignarre.

gement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci ».

→ Autre exemple de réception de la morale en droit : celui de la conformité du contrat aux **bonnes mœurs** qui est une condition de validité du contrat (article 6 du Code civil). Mais les bonnes mœurs évoluent avec le temps : ce qui était, hier, jugé juridiquement immoral ne l'est plus aujourd'hui. « *Desinit esse remedio locus, ubi quae fuerant vitia, mores sunt* » (« Le mal est sans remède, quand nos vices d'autrefois sont nos mœurs d'à présent »)¹.

→ Les États sont, en principe, libres de limiter les droits de leurs sujets, au nom de la morale. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît une large marge d'appréciation des États en ce domaine au motif notamment que « l'idée que les États se font des exigences de la morale varie dans le temps et l'espace ». La Cour européenne a néanmoins estimé que l'État turc ne pouvait pas condamner un éditeur qui avait publié en 1999 *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire, ce roman qui « décrit [...] des scènes de rapports sexuels crues, avec diverses pratiques telles que le sadomasochisme, le vampirisme, la pédophilie, etc. » dès lors que ce roman faisait partie du « patrimoine littéraire européen »².

Exemple

La libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère. Jugée hier nulle comme ayant une cause immorale (anc. art. 1133 du Code civil), la libéralité faite par un homme marié pour rémunérer les faveurs de sa maîtresse, ne l'est plus³. À la faveur de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, la solution jurisprudentielle pourrait évoluer, car la rémunération du « commerce sexuel » est dorénavant illicite. L'article 611-1 du Code pénal réprime désormais « le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage ». Le contrat qui prévoirait la rémunération d'un « commerce sexuel » aurait donc un « contenu illicite » (art. 1128 C. civ.).

1. SÉNÈQUE (vers 4-65 apr. J.-C.), *Lettre à Lucilius*, XXXIX ; voir M.-S. PAYET, « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil en questions* : <http://www.code-civil.fr/leget/questions.htm> ; D. HOUTCIEFF, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », RTDciv. 2021.757.

2. CEDH, *Akdas c/ Turquie*, 16 février 2010, D. 2010.1051 note J.-P. Marguénaud et B. Dauchez.

3. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999, Bull. civ. I, n° 43 ; R. 307 ; GAJ civ., 13^e éd. n° 29-30 ; D. 1999.267. rapp. X. Savatier, note J.-P. Langlade-O'Sughrue ; JCP 1999.II.10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; AP, 29 octobre 2004, Bull. civ., n° 12 ; R. 203 et 208 ; BICC 1^{er} février 2005, rapp. Bizot, concl. Allix ; D. 2004.3175, note D. Vigneau ; JCP 2005.II.10011, note F. Chabas ; RTD civ. 2005.104, obs. J. Hauser ; de même, un contrat de courtage matrimonial conclu en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable n'est pas « nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée » : Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, D. 2012.59, note R. Libchaber ; RTD civ. 2012.93, obs. J. Hauser et 113, obs. B. Fages ; JCP 2012, n° 9, note D. Bakouche.

**Extraits du rapport de M. Bizot, conseiller rapporteur
(Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004)**

« L'adultère (du latin *adulterium*, au sens de souillure du sang), par ailleurs dépénalisé, s'est banalisé, est devenu quasiment une composante possible, sinon admise et tolérée, de l'histoire d'un couple marié, et en tout cas objet d'une très faible réprobation sociale à l'égard de celui qui le commet ; sa sanction relève désormais d'une décision individuelle du conjoint trompé, sans pour autant constituer un obstacle inévitable à la pérennité du mariage, voire à sa coexistence plus ou moins pacifiée avec le partenaire de l'époux infidèle. » Pour justifier cette approche, le rapport se réfère à un sondage IFOP de l'année 2000 selon lequel 39% des hommes mariés (soit plus d'un sur trois) et 24% des femmes mariées (soit près d'une sur quatre) confient avoir déjà trompé leur conjoint. Les femmes sont donc plus fidèles que les hommes, à moins qu'elles ne soient plus menteuses...

Civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, pourvoi n° 14-29.549

Un homme marié agit en diffamation contre l'auteur d'un livre qui fait état de son infidélité conjugale. Il est débouté par les juges du fond. La Cour de cassation rejette le pourvoi du demandeur en jugeant que la cour d'appel « a retenu à bon droit que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération » et que « par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision ».

L'adultère est donc rentré dans les mœurs, les bonnes ?

b) La méconnaissance de la morale par le droit

- (12) Il arrive parfois que l'application de règles de droit, même moralement neutres, conduise à un résultat immoral.

Exemple

Les règles de prescription visent à consolider des situations de fait qui ont duré un certain temps, dans un but d'ordre et de paix sociale. La prescription acquisitive peut rendre propriétaire le voleur d'un bien qui l'a possédé pendant longtemps, malgré sa mauvaise foi (article 2258 C. civ.).

La méconnaissance de la morale qui apparaît lors de l'application de la règle de droit peut ou non avoir été envisagée par les auteurs de la règle, lors de son élaboration.

Dans le premier cas, l'adoption d'une règle dont les auteurs savent que son application peut se révéler injuste s'explique alors, bien souvent, par la volonté de privilégier les impératifs de sécurité juridique sur ceux de la justice (ex. : prescription).

Dans le second cas, le plus fréquent, les auteurs de la règle de droit n'ont pas envisagé l'injustice à laquelle l'application de la règle pouvait conduire. « La faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature même des choses » (Aristote)¹. En effet, la règle de droit est générale, elle ne peut tenir compte de tous les cas concrets. Même juste dans son principe, la règle de droit peut se révéler injuste lors de sa mise en œuvre. Pour autant, le juge, gardien de

1. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1137 b 6-23.

l'application de la loi, ne pourra pas, en principe, corriger l'injustice qui résulterait d'une application stricte de la règle de droit : il lui est défendu de statuer en équité (art. 12 C. proc. civ.). Seul le législateur peut faire pénétrer l'équité dans le droit en adoptant une loi qui répare l'injustice.

**Cass. civ. 6 mars 1876¹ : affaire du canal de Craponne
Refus du juge d'admettre de la révision pour imprévision**

Des contrats, conclus en 1560, avaient pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation dans la plaine d'Arles, moyennant une redevance. Au cours du XIX^e siècle, l'entreprise qui exploitait le canal demanda que la redevance fût augmentée, car cette taxe n'était plus en rapport avec les frais d'entretien. La cour d'appel d'Aix éleva la redevance de 60 centimes. Sa décision fut cassée au motif qu'il « n'appartient pas aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par le contractant ». La Cour de cassation, en interdisant au juge de réviser des contrats qui sont devenus déséquilibrés à la suite d'un événement que les parties n'avaient pas prévu lors de la conclusion du contrat, refusait ainsi de consacrer la théorie dite de l'imprévision.

**Art. 1195 du Code civil
(Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats)
Consécration par la loi de la révision pour imprévision**

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Cass. soc. 4 décembre 1996²

Des salariés qui avaient travaillé des jours fériés exigeaient de leur employeur une majoration de salaire de 100%. Les juges du fond firent droit à leur demande en considérant 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 ». Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation pour avoir violé l'article 12 du Code de procédure civile (CPC) au motif que « l'équité n'est pas une source de droit ».

- (13) Néanmoins, l'interdiction faite au juge de statuer en équité connaît une limite : par le biais du contrôle de conventionnalité *in concreto* (dit parfois contrôle de proportionnalité), le juge écarte parfois une loi dont l'application à un cas d'espèce porte une atteinte excessive aux droits fondamentaux d'une personne,

1. Civ. 6 mars 1876, DP 1876.1.193, note Giboulot ; S. 1876.1.161 ; GAJ civ., 13^e éd. n° 165.

2. Cass. soc. 4 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 421 ; RTD civ. 1998.221, obs. N. Molfessis.

garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Il le fait, certes, de façon exceptionnelle, en invoquant le respect des droits de l'homme et non pas l'équité, mais le résultat est identique : le juge n'applique pas la loi en raison des conséquences injustes que son application provoquerait dans un cas particulier¹. La Cour de cassation a ainsi refusé d'annuler un mariage incestueux (entre un homme et l'ex-femme de son fils), pourtant prohibé par la loi (art. 161 C. civ) au motif qu'une telle annulation heurterait, dans le cas concret, le droit au respect de la vie privée de l'épouse dont le mariage avait, par ailleurs, été dissous par la mort de son mari (art. 8 CEDH). En effet, l'union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans et n'avait été contestée qu'après le décès de l'époux par le fils de ce dernier (autrefois marié à sa belle-mère). Le refus d'annulation du mariage a permis à l'épouse d'hériter de son défunt mari². En revanche, en l'absence de telles circonstances particulières, l'application de la loi française, qui ne saurait dès lors être écartée, conduit à l'annulation des mariages incestueux³.

1. « Memento de contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2019, site de la Cour de cassation ; P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *RTD. civ.* 2014.2061 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015.1326 ; C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD. civ.* 2015.263 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2016.796 et « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2017.953 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017.656 ; « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles "hors contrôle" », *D.* 2018.467 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (à propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD. civ.* 2016.70 ; P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D. Cass. civ. 1^{re}*, 4 déc. 2013, *D.* 2014.179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017.123, chron. V. Vigneau ; *RTD. civ.* 2014.88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud ; pour une autre illustration du contrôle *in concreto* en matière de procréation post mortem, voir CE, 31 mai 2016, Mme C. A., n° 396848, Lebon ; *AJDA* 2016.1092 ; *ibid.* 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016.1470, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.* 1472, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1477, note B. Hafstel ; *AJ. fam.* 2016.439, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2016.740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* 754, note P. Delvolvé ; *RTD. civ.* 2016.578, obs. P. Deumier ; *ibid.* 600 et 834 obs. J. Hauser ; *ibid.* 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2016.864, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; *Dr. adm.* 2016. Repère 7, obs. J.-H. Stahl ; *Dr. fam.* sept. 2016. Étude 15, J.-R. Binet et Comm. 178, note R. Vessaud ; *Rev. H. Capitant*, n° 11, 30 déc. 2016, obs. A. Marais ; le Conseil d'État refuse néanmoins d'exercer le contrôle de conventionnalité *in concreto*, lorsque la règle de droit est fondée sur des considérations d'intérêt général d'une telle importance qu'« aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à écarter l'application de la loi » ; CE, 4 déc. 2017, n° 379685, Sté Endered, et 28 déc. 2017, n° 396571, Molenat. *AJDA* 2018. 5 et 497, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; *D.* 2018.467, note H. Fulchiron et Chron. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, voir *infra* n° 142 et s.

2. *Cass. civ. 1^{re}*, 4 déc. 2013, *D.* 2014.179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017.123, chron. V. Vigneau ; *RTD. civ.* 2014.88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

3. *Cass. civ. 1^{re}*, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016.2568, obs. I. Gallmeister, et 2017.470, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ. fam.* 2017.71, obs. J. Houssier ; *RTD. civ.* 2017.102, obs. J. Hauser ; *JCP* 2017.166, note J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 24, note J.-R. Binet, et Comm. 25, avis L. Bernard de la Gatinais.

B. Les relations entre la religion et le droit

- (14) Le droit français n'est pas un droit religieux ; il ne consacre pas le précepte religieux comme une norme juridique obligatoire. Bien au contraire, la liberté religieuse est garantie par différents textes nationaux et internationaux, dans ses deux aspects complémentaires, que sont la liberté d'avoir des convictions religieuses et celle de les manifester en se livrant aux rites et pratiques qui y sont liés.

Dans une république laïque comme la nôtre, l'assimilation entre le droit et la religion est exclue. La laïcité, non définie par la loi, renvoie « à une perte d'emprise de la religion sur la société »¹. C'est ainsi que la loi du 9 décembre 1905, même si elle ne se réfère pas à la laïcité, a posé le principe d'une séparation des Églises et de l'État. La perte d'emprise de la religion ne s'est pas pour autant traduite par une ignorance par l'État du phénomène religieux. En effet, la laïcité impose à l'État non seulement un devoir de tolérance, mais aussi de neutralité à l'égard des différentes religions. La devise de la laïcité pourrait être « Tolérer en restant neutre ». La tolérance exige de respecter toutes les convictions religieuses (1) ; la neutralité oblige, de façon négative, l'État à ne pas privilégier une religion par rapport à une autre², mais aussi, de façon positive, à s'assurer que toutes les religions fassent l'objet d'un traitement identique. Cela peut le conduire à en encadrer les manifestations (2).

Textes nationaux

– Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 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. »

– Article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France est une République indivisible, 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 [...] ». La loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Églises et de l'État :

Article 1^{er} : « 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 » : proclamation de tolérance à l'égard des religions.

Article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte » : neutralité de l'État.

Textes internationaux

Article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : « 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 manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

1. Conseil d'État, *Rapport public 2004, un siècle de laïcité*, La Documentation française, p. 245.

2. En Alsace-Moselle, le régime, issu du Concordat signé par Napoléon en 1801, reconnaît et organise différents cultes. Cette séparation incomplète des Églises et de l'État est un élément du droit local déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel le 21 février 2013, QPC n° 2012-297, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

1) La tolérance des convictions religieuses

- (15) Chacun est libre de croire ou de ne pas croire. Aussi les croyances religieuses doivent-elles être tolérées, quelles qu'elles soient. Ce devoir de tolérance pèse avant tout sur l'État, au nom de la laïcité (a), mais s'impose également dans les rapports privés, en vertu de l'égalité (b).

a) La tolérance des convictions religieuses par l'État, au nom de la laïcité

- (16) L'État, au nom de la laïcité, doit tolérer toutes les religions, mais seulement celles-ci. En effet, la loi du 12 juin 2001, « tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales », réprime les dérives sectaires en sanctionnant l'abus frauduleux de l'état de faiblesse (art. 223-15-2 C. pén.). Un tel abus est caractérisé lorsque l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer le jugement d'une personne place cette dernière en situation de sujétion psychologique ou physique et la conduit à un acte ou à une abstention gravement préjudiciable.

La distinction entre la religion et la secte est difficile à réaliser. Ne dit-on pas que la religion est une secte qui a réussi ? Un rapport parlementaire sur les sectes¹, établi en 1995, relevait la difficulté de définir les sectes, tout en établissant une liste de 172 sectes. Une telle liste a été très critiquée, notamment par les mouvements qui s'y trouvaient inscrits. Elle n'a pas été réactualisée depuis, alors même que le nombre des sectes aurait considérablement augmenté et serait compris entre 500 et 600². La prudence semble aujourd'hui être préférée. C'est ainsi que si « les Témoins de Jéhovah » ont été mentionnés dans la liste du rapport parlementaire en 1995, les juges n'ont jamais usé de cette qualification à leur propos. Et pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État relative aux Témoins de Jéhovah aboutit au même résultat. En effet, en principe, le médecin ne peut passer outre le refus libre et éclairé d'un patient de subir une intervention médicale, même lorsque cette dernière est le seul moyen de sauver sa vie (article L. 1111-4 Code de la santé publique). Or, le Conseil d'État ne sanctionne pas les médecins qui pratiquent une transfusion sanguine sur un Témoin de Jéhovah malgré son opposition, dès lors que la transfusion, accomplie « dans le but de le sauver », est un « acte indispensable à sa survie et proportionné à son état »³. Au regard de la loi, il est exclu de justifier la transfusion en considérant, de manière générale, que l'opposition à un tel acte n'a pas à être respectée lorsqu'elle émane d'un Témoin de Jéhovah. La liberté des convictions religieuses serait sinon niée. En revanche, il est possible de fonder cette solution en retenant que le refus d'un acte médical, sans risque et susceptible de sauver la vie d'une personne, résulte d'une altération des facultés de discernement qui empêche l'individu d'émettre

1. *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, A. GUEST et J. GUYARD, Assemblée nationale n° 2468, 22 décembre 1995.

2. Cette estimation a été faite par Georges FENECH, le président de la Miviludes (Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires instituée par un décret du 28 novembre 2002) : B. VITKINE, « Faut-il publier la liste des mouvements sectaires ? », <http://www.lemonde.fr>, 19 mai 2009.

3. CE, réf., 16 août 2002, JCP 2002.II.10184, note P. Mistretta ; D. 2004. Somm. 602, obs. J. Penneau ; RJPF 2002-12/12, note E. Putman ; RCA 2002. Chron. 21, par S. Porchy-Simon ; Dr. et patr., déc. 2002, p. 84, obs. G. Loiseau ; RTD civ. 2002.781, obs. J. Hauser.

Introduction au droit

Astrid Marais, *professeur à l'université de Paris 8*

L'introduction au droit vise à donner une image d'ensemble du droit. Elle porte sur des notions constitutives du système juridique qui seront tenues pour acquises dans la suite du cursus universitaire. Cette matière est donc fondamentale.

Ce manuel s'ouvre sur une présentation du droit permettant d'en préciser les différents sens. Il s'intéresse ensuite à la création du droit, en déterminant quelles en sont les sources, puis étudie la réalisation du droit pour cerner la façon dont il est mis en œuvre. Afin de favoriser l'assimilation des connaissances, les éléments théoriques du cours sont illustrés par des extraits de textes fondamentaux (lois, arrêts, etc.) suivis d'exemples pratiques. Assorti de nombreuses applications (cas pratiques et QCM) et d'une méthodologie de l'épreuve écrite, ce livre constitue également un outil d'entraînement et d'évaluation des connaissances.

Cet ouvrage s'adresse :

- **aux étudiants en licence de droit et d'AES ;**
- **aux candidats aux concours administratifs (ENM, etc.)
et aux examens professionnels (CRFPA, etc.).**

ISBN : 978-2-311-41002-0



Retrouvez tous les
ouvrages Vuibert sur [www.Vuibert.fr](http://www.vuibert.fr)

