

# Introduction au droit

## Leçon 5 : Les sources complémentaires du droit

Eléonore CADOU

### Table des matières

<b>Section 1. La jurisprudence.....</b>	<b>p. 2</b>
§1. L'élaboration de la jurisprudence.....	p. 2
A. L'obligation de juger.....	p. 2
1. L'article 4 du Code civil et l'interdiction des dénis de justice.....	p. 3
2. L'interprétation de la loi.....	p. 5
B. L'interdiction de légiférer.....	p. 7
1. L'article 5 du Code civil et la prohibition des arrêts de règlement.....	p. 7
2. Le corollaire : l'autorité relative de la chose jugée.....	p. 8
§2. La nature de la jurisprudence.....	p. 9
A. La jurisprudence n'est pas une source formelle du droit.....	p. 9
1. Les arguments historiques et politiques.....	p. 9
2. Les arguments textuels.....	p. 9
B. La jurisprudence est une autorité en droit.....	p. 9
1. Le pouvoir d'interprétation de la jurisprudence.....	p. 10
2. Le pouvoir créateur de la jurisprudence.....	p. 10
<b>Section 2. La coutume.....</b>	<b>p. 11</b>
§1. Notion.....	p. 11
A. L'élément matériel : la répétition.....	p. 11
B. L'élément psychologique : l'opinio juris.....	p. 11
§2. Rôle de la coutume.....	p. 12
A. La coutume fondée sur la permission du législateur.....	p. 12
B. La coutume existant en dehors de la loi.....	p. 13
1. La coutume praeter legem.....	p. 13
2. La coutume contra legem.....	p. 13
<b>Section 3. Les autorités.....</b>	<b>p. 15</b>
§1. Les autorités administratives.....	p. 15
A. Les organes.....	p. 15
B. Les actes.....	p. 15
1. Les circulaires administratives.....	p. 15
2. Les recommandations.....	p. 16
3. Les réponses des ministres aux questions des parlementaires.....	p. 16
§2. Les autres autorités.....	p. 16
A. La doctrine.....	p. 17
1. Définition.....	p. 17
2. Autorité de la doctrine.....	p. 17
B. Les autorités professionnelles.....	p. 18
1. Les règles de déontologie.....	p. 18
2. Les conventions collectives de travail.....	p. 18

Si le droit français accorde une place particulière à la loi, cela ne signifie pas qu'elle constitue la seule source du droit, ni même qu'elle soit (quantitativement et qualitativement) la plus importante. Il existe beaucoup d'autres sources très variées quant à leur origine, leur forme et, surtout, leur force contraignante. Nous les envisagerons une par une, en commençant par celle qui, dans la vie juridique, tient la place essentielle, à savoir la jurisprudence (Section 1). Puis nous verrons la coutume (Section 2), et les différentes autorités qui, sans être à proprement parler des sources du droit, contribuent toutefois à sa formation (Section 3).

## Section 1. La jurisprudence

**Le terme jurisprudence peut recevoir différentes définitions :**

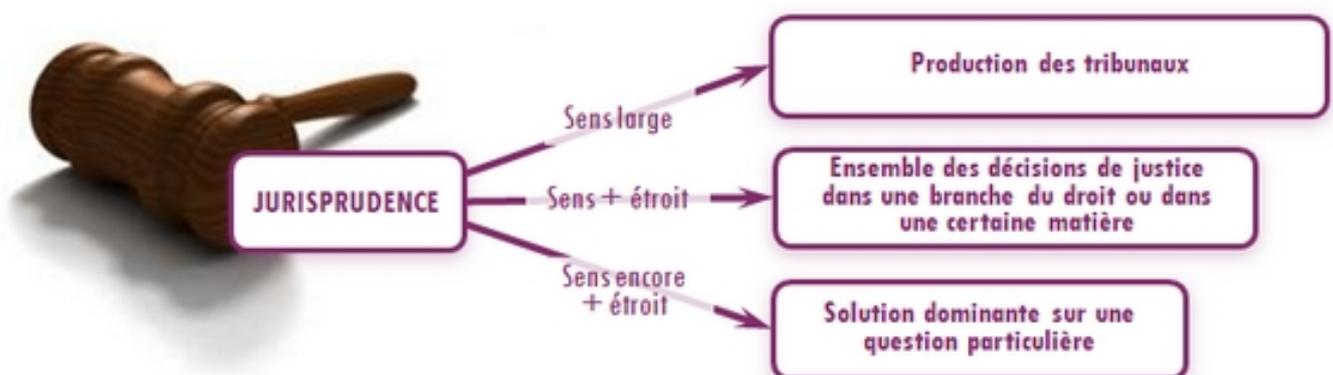
- **Au sens large**, on appelle jurisprudence la production des **tribunaux**, par opposition à **la législation** (production du législateur, et éventuellement du pouvoir réglementaire), ou à **la doctrine** (production des auteurs, *cf infra*, section 3). C'est à ce sens que se référeront majoritairement les développements qui vont suivre.
- Dans un sens **plus étroit**, la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une branche du droit (ex : jurisprudence civile) soit dans une certaine matière (ex : jurisprudence fiscale).
- Dans un sens **encore plus étroit**, on appellera jurisprudence la **solution dominante** apportée par les juridictions (généralement les juridictions suprêmes, Cour de cassation ou Conseil d'Etat) à un problème particulier. On se référera par exemple à la jurisprudence applicable à la faute inexcusable de la victime d'un accident de circulation, ou on évoquera la jurisprudence sur la prestation compensatoire en matière de divorce.

C'est en ce dernier sens que l'on parlera de "revirement de jurisprudence", ou que l'on dira que "la jurisprudence est constante sur ce point" ou que tel arrêt "fait jurisprudence".

On étudiera successivement l'élaboration de la jurisprudence (§1) et la nature de la jurisprudence (§ 2).

### §1. L'élaboration de la jurisprudence

Le travail du juge peut s'énoncer en deux propositions : le juge a l'obligation de juger (A) et l'interdiction de légiférer (B).



## A. L'obligation de juger

---

Cette obligation figure dans l'article 4 du Code civil, qui prohibe les dénis de justice. Elle a pour conséquence l'obligation mise à la charge du juge d'interpréter les textes.

### 1. L'article 4 du Code civil et l'interdiction des dénis de justice

---

L'article 4 du Code civil dispose : « *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* ».

Ce texte peut paraître surprenant, car il reconnaît les possibles lacunes de la loi, et met à la charge du juge l'obligation de compenser les insuffisances de la législation. Cela peut sembler heurter à la fois le dogme de l'omnipotence de la loi, et le principe de la séparation des pouvoirs.

L'obligation mise à la charge des juges par l'article 4 du Code civil est justifiée par la volonté que **tout litige** puisse recevoir une solution **devant les juridictions étatiques**. A défaut, cela inciterait les individus à se faire justice eux-mêmes, ce qui conduirait à une forme d'anarchie et serait contraire aux engagements d'un **Etat de droit**.

Nous avons vu que la démarche adoptée par le juge, et par tout juriste, est de rechercher les faits, puis de les qualifier, et de trouver la règle de droit applicable pour finalement énoncer la solution. Cette technique ne pose **pas de problème particulier** quand la loi prévoit **exactement** la situation à laquelle le juge est confronté. Mais la loi, qui est par définition abstraite et générale, ne peut pas tout prévoir, et le juge se trouve souvent dans une situation qui le conduira à jouer un rôle particulier dans la création du droit.

**Différentes hypothèses peuvent se présenter :**

- Première hypothèse : la loi est **obscur** ou **incomplète**.  
Le juge va alors être chargé de la préciser et de la compléter. C'est le cas, par exemple, lorsque le législateur emploie des notions générales au contenu mal déterminé : les bonnes mœurs ([art. 6 C. civ.](#)), la bonne foi ([art. 1134 C. civ.](#)), le bon père de famille ([art. 1137 C. civ.](#)), l'intérêt supérieur de l'enfant, etc... Il s'agit là de **notions "standards"** dont le contenu sera progressivement élaboré par le juge, au gré des solutions données aux litiges qui lui sont soumis. L'avantage de ces notions standards, c'est que leur contenu peut **se transformer et s'adapter** en fonction du contexte, ou de l'évolution des mœurs.

#### **Exemple**

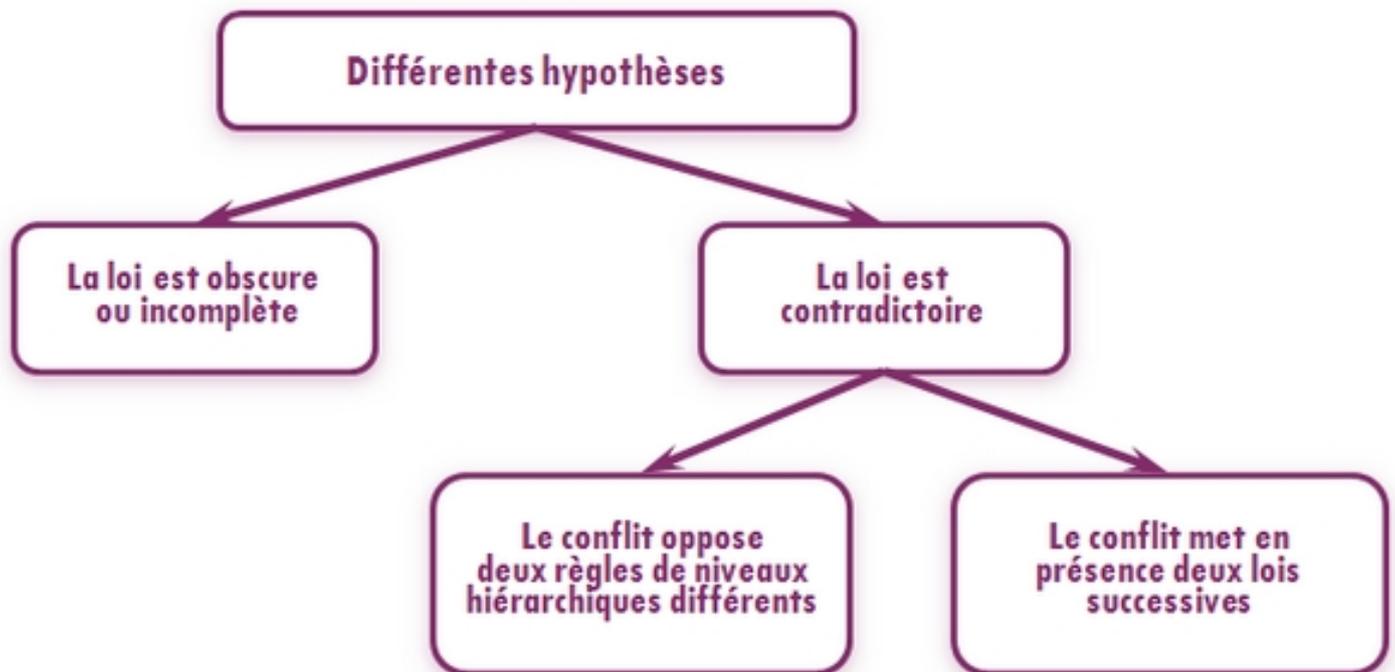
Il y a quelques temps les donations faites par un amant à sa maîtresse étaient nulles car les relations hors mariage étaient considérées comme contraires aux bonnes mœurs. Depuis 1999 ces donations sont **valables**, même si elles sont faites par un époux adultère.

- Autre hypothèse : la loi est **contradictoire**

C'est le problème des **antinomies** : il y a antinomie lorsque dans le même système juridique il existe deux règles incompatibles auxquelles on ne peut pas se conformer simultanément.

- Si le conflit oppose deux règles de niveaux hiérarchiques différents, cela pose un problème de conflit de normes que l'on a déjà examiné (voir leçon n°4, Section 2)
- Si le conflit met en présence deux lois successives, on appliquera les règles d'application de la loi dans le temps (idem).
- Le conflit dont il est ici question surgit **au sein d'une même loi**, ou entre **deux lois** qui ont une égale vocation à s'appliquer à un litige.

## Lacune de la loi



### Exemple

On peut citer comme exemple l'[article 1112](#) du Code civil, qui traite de la violence en droit des contrats. Cet article prévoit que si une personne n'a contracté que sous l'empire de la violence exercée par son cocontractant ou un tiers (menaces, chantage), le contrat peut être annulé.

**La question est alors de savoir quels sont les faits susceptibles d'être reconnus comme une "violence" au sens de l'article 1112 du Code civil ?**

- Dans un **premier alinéa**, l'article 1112 dit que la seule violence qui doit être prise en compte pour obtenir l'annulation du contrat est celle qui aurait été de nature à faire impression sur une personne "raisonnable" : on privilégie ici une approche **objective**, en recherchant si la menace invoquée était suffisamment impressionnante pour contraindre le consentement de toute personne normalement constituée. Dans une telle approche on ne s'arrêtera pas aux qualités particulières de la personne qui a contracté, ni à celles de la personne qui l'a menacée.
- Mais dans un **alinéa 2**, l'article 1112 du Code civil énonce au contraire que le juge doit avoir égard "à l'âge, au sexe et à la condition des personnes". Cette 2ème règle invite donc à apprécier l'impact de la violence de façon **subjective**.  
Ainsi, en application de l'alinéa 2, une même menace pourra être qualifiée de violence si elle est exercée par un adulte sur une personne âgée... mais la violence ne sera pas retenue si elle est exercée par la personne âgée sur l'adulte en pleine possession de ses moyens.  
**Il y avait donc contradiction entre les deux alinéas du même texte.** La jurisprudence a décidé de retenir l'appréciation subjective, portée par l'alinéa 2, qui prend en considération les caractéristiques de la personne qui est victime de la violence, et celle de l'auteur de la menace.

### Jurisprudence

Civ. 1ère, 22 avril 1986, Bull. civ. 1, n° 98 : la personne était fragilisée par un déséquilibre nerveux la rendant plus sensible aux pressions de son père, qui avait obtenu que son fils lui consente de multiples donations. Les donations seront donc annulées par les juges du fond, sur le fondement de la violence, considéré comme un vice de consentement.

- La loi peut encore être purement et simplement **inexistante**.  
 C'est sans doute là l'aspect le plus intéressant du rôle de la jurisprudence. Il est clair que la loi ne peut pas tout prévoir : au jour de l'élaboration du Code civil en 1804, on n'envisageait pas qu'un jour des automobiles causeraient de graves accidents de circulation, que la chirurgie permettrait de changer de sexe, ou que l'on pourrait fabriquer des êtres humains en éprouvettes. C'est souvent le juge qui est le premier confronté à ces situations nouvelles (ou plutôt aux litiges qui en résultent), le législateur n'intervenant qu'avec un temps de retard, lorsque la multiplication des litiges finira par démontrer la nécessité d'une modification législative.

**Exemple**

C'est la jurisprudence qui a mis en évidence la nécessité d'élaborer une loi spéciale pour les accidents de la circulation (Arrêt *Desmares*, 1982 ; Loi Badinter du 25 juillet 1985).

**Dans de telles situations, lorsque la loi est lacunaire, le juge ne pourra pas laisser les parties repartir dos à dos, sans trancher leur litige. Il devra donc interpréter la loi.**

## 2. L'interprétation de la loi

Lorsque la loi est obscure ou incomplète, le juge doit donc faire œuvre d'interprétation pour **adapter** le texte à la situation concrète qui lui est présentée. Selon les cas il utilisera différentes techniques, mais sera toujours tenu de respecter les différentes **maximes d'interprétation** :

- Les procédés d'interprétation**

Différents procédés d'interprétation sont possibles, qui ne conduisent pas nécessairement au même résultat :

L'interprétation par analogie ( <i>a pari</i> )	L'interprétation <i>a fortiori</i>	L'interprétation <i>a contrario</i>
<p>Cela consiste à étendre la règle à une situation qu'elle ne prévoit pas, mais qui est <b>semblable</b> à celle pour laquelle la règle a été initialement créée.</p> <p><b>Exemple</b>            La jurisprudence a décidé que la prestation compensatoire, qui était initialement prévue en cas de divorce, pourrait à certaines conditions être étendue en cas de nullité du mariage. Cette extension se justifie parce que le divorce et la nullité entraînent, du point de vue de la situation des époux, des conséquences comparables.</p>	<p>On étendra une règle à un cas qu'elle ne prévoit pas, lorsque <b>les raisons</b> sur lesquelles elle est fondée se retrouvent dans le cas nouveau <b>avec une force accrue</b>.</p> <p><b>Exemple</b>            S'il existe une règle prévoyant que les personnes mineures ne peuvent pas vendre seules leurs biens, <i>a fortiori</i> ne pourront-elles pas <b>les donner</b>. En effet, la donation est un acte plus grave que la vente, puisqu'elle entraîne un appauvrissement sans contrepartie. La nécessité de protéger le mineur,</p>	<p>L'application d'une règle étant subordonnée à des conditions déterminées, on en déduit que la règle <b>inverse</b> est applicable lorsque ces conditions <b>ne sont pas remplies</b>.</p> <p><b>Exemple</b>            L'art. 6 du Code civil dispose : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». On en déduit <i>a contrario</i> un principe de <b>liberté contractuelle</b> : il est possible de déroger aux lois qui ne sont dictées ni par l'ordre public ni par les bonnes mœurs.</p>

	<p>qui est déjà justifiée pour les contrats de vente, est encore plus impérieuse s'agissant de donations. C'est ce qui justifiera l'extension de la règle.</p>	<p><b>Remarque</b>          Tandis que les deux premiers procédés sont basés sur les <b>justifications</b> de la loi (<i>ratione legis</i>). Ce dernier procédé repose sur une analyse plus <b>formelle</b>, donc <b>plus superficielle</b>, de la loi. L'expérience démontre que l'argument <i>a contrario</i> n'est pas toujours convaincant, et qu'il est souvent prudent de ne l'utiliser que comme argument d'appoint, en renfort d'une autre méthode.</p>
--	--	---

- **Les maximes d'interprétation**

Quelle que soit la technique d'interprétation retenue, le juge doit respecter certaines règles, exprimées sous forme de maximes.

- "Les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales" (*Specialia generalibus derogant*). Maxime déjà évoquée à propos des conflits de loi. Justification : la loi spéciale, mieux définie, plus nettement délimitée, peut vivre une carrière indépendante ; il n'y a pas a priori contrariété entre deux textes, lorsque l'un pose un principe général et l'autre une exception dans un cas particulier.
- "Il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas" (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) autrement dit la loi ayant disposé sans restrictions ni conditions, l'interprète n'a pas à y introduire des exceptions qui n'ont pas été prévues par le législateur.
- "Les exceptions doivent être interprétées strictement" (*Exceptio est strictissimae interpretationis*). Cette règle est le corollaire de la précédente : on ne doit pas étendre le champ d'application des exceptions existantes au-delà de ce qui est expressément prévu par le texte.

**Exemple**

On ne peut pas procéder par analogie pour étendre le champ d'une disposition exceptionnelle.

Le travail d'interprétation du juge lui permet ainsi de respecter son obligation de juger, sans contredire la loi, et de donner une solution à chaque litige.

La plupart du temps, ce travail s'accomplit à **partir d'un texte existant**.

**Exemple**

**Ex 1** : A partir de l'[article 1384 al. 1er](#) du Code civil, qui se bornait dans l'esprit des rédacteurs de 1804 à introduire les alinéas qui le suivent, la jurisprudence a "découvert" un **principe général de responsabilité** du fait d'autrui et du fait des choses que l'on a sous sa garde, qui a profondément bouleversé le droit de la responsabilité civile.

**Ex 2** : l'[article 1645](#) du Code civil prévoit que, lorsqu'une vente est annulée parce que la chose vendue présentait des vices cachés, le vendeur doit rendre le prix, ainsi que des dommages et intérêts, s'il s'avère qu'il **connaissait** les vices en question. Une évolution très favorable aux acheteurs a conduit à ce que le vendeur **professionnel** soit désormais **toujours** censé connaître les vices de la chose qu'il a vendue (et soit donc redevable des dommages et intérêts).

**Ex 3** : à partir de l'[article 1135](#) du Code civil, qui invite l'interprète à donner au contrat les suites qui sont dictées par l'équité, la jurisprudence a décidé que certaines obligations étaient **implicitement mais nécessairement** contenues dans les contrats, quoiqu'aient prévu les parties. Ainsi par exemple, tous les contrats de transport de personnes mettent à la charge du transporteur une **obligation de sécurité** qui le rend responsable des atteintes à l'intégrité physique du transporté.

Il arrive que le juge prenne encore plus de liberté avec la loi écrite, en ayant recours à ce qu'on appelle les **principes généraux du droit**.

Il faut préciser que c'est en droit administratif que les principes généraux du droit sont d'abord apparus avec éclat (ce qui n'est pas surprenant, s'agissant d'un droit non codifié et dans lequel les préoccupations d'intérêt général sont particulièrement vives). Mais le phénomène n'est pas étranger au droit privé, et notamment au droit civil. Une illustration ancienne et frappante nous en est donnée par un célèbre arrêt du 15 juin 1892 ayant formulé le principe général selon lequel on ne peut pas s'enrichir aux dépens d'autrui (Théorie de l'"enrichissement sans cause", action De in rem verso).

Ultérieurement, la Cour de cassation a régulièrement fondé ses décisions sur des principes généraux, en dehors de tout texte formulant ceux-ci. Par exemple, le principe de **la liberté du mariage**, le principe que des lettres adressées à un tiers sont **confidentielles**, le principe de **l'égalité du partage**, ainsi que certains principes formulés à l'aide d'une maxime ancienne, comme celle que nous verrons ultérieurement : *infans conceptus* (voir *infra*, leçon n° 6).

Quoiqu'en droit civil l'armature textuelle soit telle que le recours aux principes généraux du droit y soit moins fréquent qu'en droit public, ce phénomène ne saurait être sous-estimé, d'autant qu'il manifeste une véritable créativité du juge dans l'élaboration de la règle de droit.

On voit que, en dépit de la domination du texte écrit, le juge ne s'est pas privé d'interpréter la loi de façon à y trouver ce qu'il cherche, c'est-à-dire des règles de droit lui permettant de trancher les espèces, toujours nouvelles, toujours changeantes, qui lui sont soumises.

L'œuvre créatrice du juge n'est toutefois pas **illimitée**. Elle est bornée par l'interdiction de légiférer.

## B. L'interdiction de légiférer

---

On a déjà évoqué le principe de **séparation des pouvoirs**, théorisé par Montesquieu et qui a inspiré toute la philosophie des révolutionnaires. Cette règle se retrouve dans l'article 5 du Code civil, qui interdit aux juges de prononcer des **arrêts de règlement**.

### 1. L'article 5 du Code civil et la prohibition des arrêts de règlement

---

**Article 5 C.civ.** : *"Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les affaires qui leur sont soumises."*

Le juge ne peut donc pas, comme le faisaient les anciens Parlements, prononcer des **arrêts de règlements** énonçant une règle générale qui serait désormais applicable à tous les cas analogues.

L'idée est que le juge doit trancher le litige qui lui est soumis **sans aller au-delà** de l'objet qui lui est spécifiquement déféré. En ce sens **l'activité du juge est tournée vers le passé** : il doit apaiser des conflits déjà nés, et non se projeter dans l'avenir, en rendant une décision qui, par ses termes généraux, aurait vocation à gouverner une situation à venir.

#### Jurisprudence

Un individu était poursuivi pour désertion en temps de paix. La Cour d'appel de Bordeaux l'avait condamné à 6 mois d'emprisonnement au motif « *que la défaillance d'un soldat est un malheur pour l'Etat, et par voie de conséquence, pour le déserteur, qui doit être sanctionné par une peine qui ne peut être inférieure à 6 mois d'emprisonnement, les circonstances atténuantes ne pouvant être admises que très exceptionnellement* ». La Cour de cassation a cassé cette décision, sur le fondement de l'article 5 du Code civil : le juge avait posé une règle générale en dehors des prescriptions de la loi, et tenté de limiter la marge d'appréciation des juges appelés à statuer à l'avenir sur des cas similaires.

## Il résulte de la prohibition des arrêts de règlement :

- que les juges doivent se contenter de donner une solution au litige qui leur est soumis, et leur jugement ne doit **pas dépasser** le strict cadre de ce litige ;
- qu'ils ne doivent **pas se sentir liés** par ce qui a été jugé dans une décision précédente ; c'est le contraire qui se passe dans les pays de *Common Law*, où il n'existe pas de supériorité du droit écrit, et où la règle juridique énoncée dans une décision judiciaire s'impose en principe à l'avenir à la juridiction qui a statué, et à toutes les juridictions inférieures.

### Remarque

Cela n'empêche pas que les juges (en pratique, seule la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont ici concernés) puissent rendre ce que l'on appelle des **arrêts de principe**, par opposition aux arrêts *d'espèce*. Dans un arrêt *d'espèce*, le juge se prononce par une décision qui est très **contingente**, i.e. très liée aux faits particuliers de l'espèce qui lui est soumise. La solution adoptée n'a donc aucune vocation à servir de modèle pour l'avenir. Au contraire, quand la Cour de cassation rend un arrêt de principe, elle fait ressortir un **principe d'application générale** appelé à régir d'autres cas analogues. **En pratique, la différence entre les arrêts de principe, et les arrêts de règlement sont de deux ordres :**

- seules les **juridictions suprêmes** énoncent des arrêts de principe, alors que toutes les juridictions sont susceptibles de rendre des arrêts de règlement ;
- les juridictions inférieures ne sont **pas tenues** de suivre la solution dégagée dans un arrêt de principe : elles y sont *invitées*, mais n'y sont pas contraintes. Le seul risque qu'elles encourent si elles ne suivent par la jurisprudence de la Cour suprême : c'est d'être exposées à la cassation (sauf revirement de jurisprudence, voir leçon n° 2, le mécanisme du renvoi).

## 2. Le corollaire : l'autorité relative de la chose jugée

L'article 1351 du Code civil énonce : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a 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* ».

Cette expression signifie que les décisions que rendent les juges n'ont **qu'une autorité limitée** (relative) à l'affaire sur laquelle ils statuent : la solution donnée ne vaut que pour l'espèce à propos de laquelle elle a été rendue. Par conséquent, le même tribunal pourrait, le lendemain, rendre une **décision différente** dans une affaire similaire.

C'est ici que l'on voit que la relativité de la chose jugée concourt à l'interdiction des arrêts de règlement : si une règle de droit dégagée par un tribunal saisi d'un litige devait être obligatoirement suivie par lui dans des cas similaires, ce serait indirectement rétablir l'arrêt de règlement.

## Il résulte du principe d'autorité relative de la chose jugée :

- que le juge ne peut pas se prononcer **au seul motif** qu'une précédente juridiction a adopté telle solution dans un litige précédent ; il doit nécessairement se fonder sur un texte (ou au moins sur un principe général.)
- surtout, que les parties qui ont vu leur litige tranché, et qui ont épuisé les voies de recours, ne peuvent pas saisir à nouveau un juge pour obtenir une solution différente **sur la même affaire** : ce qui a été

tranché **l'est définitivement**. On considère que l'affaire est identique lorsqu'elle est rendue entre les mêmes parties, sur le même litige, et si la chose demandée est la même.

Pour aller plus loin sur l'autorité de la chose jugée, v. Leçon n°10

## §2. La nature de la jurisprudence

---

Il s'agit ici d'un vieux débat qui cherche à savoir si la jurisprudence peut ou non être considérée comme une source du droit. Nous avons vu que les caractères de la règle de droit sont la généralité, l'abstraction, la permanence et le caractère obligatoire. Si l'on voulait classer les arguments pour ou contre l'assimilation de la jurisprudence à une véritable source du droit, on pourrait soutenir que la jurisprudence n'est certes pas une source formelle du droit (A), mais qu'elle peut néanmoins être considérée comme une autorité en droit (B) :

### A. La jurisprudence n'est pas une source formelle du droit

---

#### 1. Les arguments historiques et politiques

---

- Principe de **séparation des pouvoirs** : loi du 17-24 août 1790 : le juge ne peut "*à peine de forfaiture*" empiéter sur le domaine législatif.
- La jurisprudence est par nature **instable**, et **rétroactive** : les divergences de jurisprudence entre différentes juridictions du fond, ou entre les juges du fond et la Cour de cassation, sont assez fréquentes. En outre, il existe parfois des divergences entre les différentes chambres de la Cour de cassation, et il est arrivé que les revirements s'enchaînent à une vitesse qui dépasse l'entendement. De plus, en cas de revirement de jurisprudence, l'interprétation nouvellement donnée s'applique aux litiges surgis **avant** le revirement : la jurisprudence endosse *de facto* une portée rétroactive.

Tout cela semble incompatible avec l'exigence de **permanence, de stabilité et de sécurité** de la règle de droit.

#### 2. Les arguments textuels

---

- [Article 5 du Code civil](#) : **prohibition des arrêts de règlement**. Le juge ne peut rendre de décision à portée générale et obligatoire. Il n'est pas lié par les précédents judiciaires.
- [Article 1351 du Code Civil](#) : **autorité relative de la chose jugée** : pas de caractère abstrait ni de caractère obligatoire.
- [Article 12 du Code de procédure civile](#) : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ».
- [Article 604 du Code de procédure civile](#) : « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ».

La jurisprudence ne peut être considérée comme une règle générale et abstraite s'imposant à tous. Le juge est principalement appelé à **appliquer la règle de droit**. Il a pour vocation de dire le droit, non de le créer. Il est, dans l'accomplissement de cette tâche, **subordonné à la loi**.

## B. La jurisprudence est une autorité en droit

---

### 1. Le pouvoir d'interprétation de la jurisprudence

---

- **Art. 4 C. civ.** : dans l'insuffisance de la loi, le juge ne peut refuser de juger, sous peine de commettre un déni de justice. **Ce pouvoir d'interprétation est finalement un devoir** .
- Ce pouvoir lui est **implicite**ment délégué par le législateur, qui laisse au juge le soin de préciser les notions générales qu'il utilise : intérêt de l'enfant, bonne foi, bon père de famille...
- Ce pouvoir est rendu **nécessaire** par l'inévitable décalage entre la permanence de la loi et l'évolution des techniques et des mœurs.

#### Exemple

Théorie générale du fait des choses, élaborée par les tribunaux pour remédier aux accidents liés à l'avènement du machinisme et à la Révolution industrielle.

### 2. Le pouvoir créateur de la jurisprudence

---

- **L'histoire de la jurisprudence civile** démontre que de nombreuses constructions d'origine jurisprudentielle font maintenant partie intégrante du système juridique français : ainsi des principes généraux du droit, de la théorie de l'enrichissement sans cause, des troubles anormaux de voisinage, de l'abus de droit...
- **La structure des arrêts de principe** est propice à la reprise des solutions qu'ils énoncent : les motifs de droit (contrairement aux motifs de fait) constituent des règles générales affirmées avec une certaine solennité.
- Le précédent judiciaire a une **autorité morale**. On observe en jurisprudence une **loi de continuité et d'imitation** : en général la Cour de cassation juge conformément à sa jurisprudence antérieure ; les juges du fond suivent généralement la position de la Cour de cassation, soit par conviction, soit par peur de la censure. La jurisprudence revêt souvent une **force obligatoire de fait**.
- La jurisprudence a un **pouvoir d'incitation sur** le législateur : en appliquant la loi mécaniquement pour en montrer les rigueurs excessives, ou en neutralisant par des interprétations restrictives certaines dispositions légales, le juge appelle parfois la réaction du législateur

#### Jurisprudence

l'arrêt *Desmares* en 1982 a provoqué l'intervention du législateur pour qu'il crée un régime spécial de responsabilité pour les accidents impliquant un véhicule automobile ; la jurisprudence *Perruche* a suscité, par réaction, l'adoption de la loi du 4 mars 2002 limitant le préjudice résultant d'une naissance handicapée).

La jurisprudence n'est donc pas une source formelle du droit, mais elle est un **acteur essentiel dans l'élaboration du droit positif**. Elle est dans la dépendance de la loi, mais a une autorité réelle sur le législateur. Elle complète l'œuvre du législateur puisqu'elle l'adapte et comble ses lacunes.

L'interprétation jurisprudentielle **fait finalement corps avec la règle de droit qu'elle interprète**. C'est dans cette œuvre de collaboration que la jurisprudence prend sa place au sein des sources du droit.

## Section 2. La coutume

La coutume est une règle de droit non-écrite, issue d'un **usage général et répété**, à laquelle les membres du groupe social se conforment parce qu'ils la considèrent comme **obligatoire**

### Remarque

Attention : Ce n'est pas parce que l'on rédige une coutume qu'elle devient une règle de droit écrit : il arrive par exemple qu'une coutume professionnelle soit consignée par écrit, dans un document appelé **parère**. Mais la rédaction d'une coutume ne confère pas à celle-ci l'autorité et les caractères de la loi, puisque, malgré sa rédaction officielle, elle n'est pas un acte de l'autorité politique.

Il peut en revanche arriver qu'une loi reprenne à son compte une règle coutumière. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, la coutume se transforme en loi, donc en règle de droit écrit.

Nous avons vu au début de ce cours (voir leçon n° 1) combien la coutume était importante et variée dans l'ancienne France. Aujourd'hui, le droit privé a été unifié, et la loi occupe une place primordiale. Cela ne signifie pas que la coutume ait disparu comme source du droit français.

## §1. Notion

La coutume suppose la réunion de deux éléments, matériel et psychologique :

### A. L'élément matériel : la répétition

La formation d'une coutume suppose qu'une règle de conduite soit répandue à **la fois** dans le temps et dans l'espace.

Dans le temps	Dans l'espace
<p>Il est nécessaire, pour qu'il y ait coutume, que l'usage soit constant, régulièrement répété, qu'il ait une certaine durée. La coutume est <b>une habitude sociale d'élaboration lente</b>. C'est cette règle que l'on exprime lorsque l'on dit communément « Une fois n'est pas coutume ».</p>	<p>Il faut que l'usage soit largement appliqué dans un milieu social, dans une profession ou dans une localité. La coutume a souvent un caractère <b>local</b> mais il existe des coutumes <b>nationales</b>, propres à une profession ou à un groupe de professions.</p> <p><b>Exemple</b>            Le milieu professionnel dit du "Livre" qui réunit les ouvriers des imprimeries et des distributeurs de presse.</p> <p>En présence de coutume née dans un milieu géographique ou professionnel restreint, on parlera plutôt d'<b>usages</b>.</p>

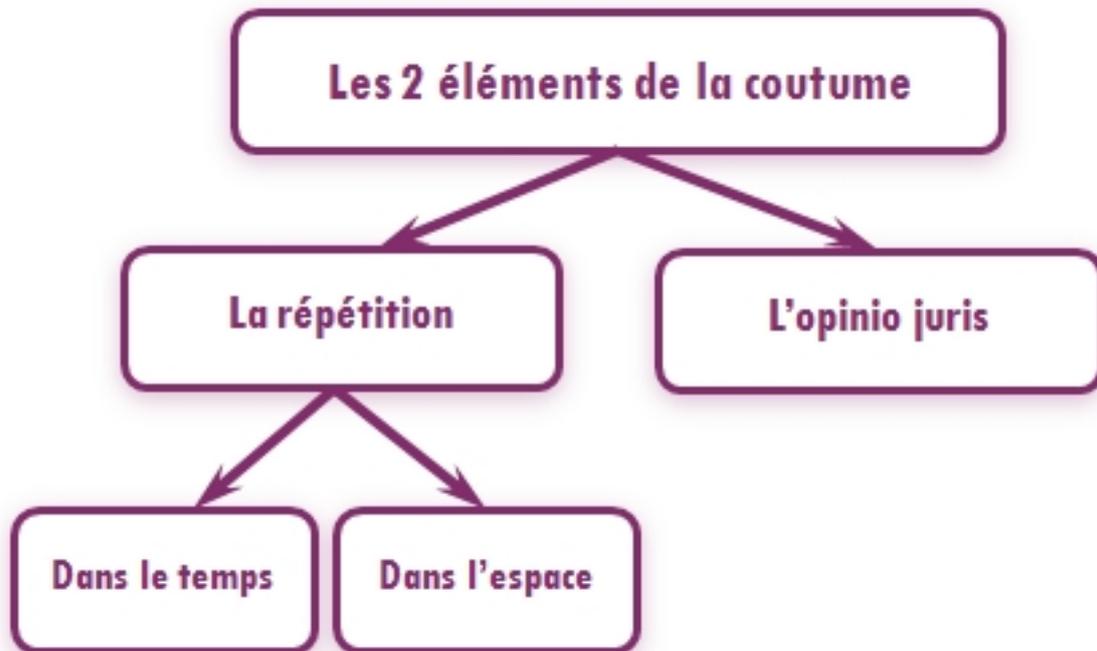
### B. L'élément psychologique : l'opinio juris

Pour que l'on soit en présence d'une coutume, il est nécessaire que l'usage soit considéré comme ayant force obligatoire par la population qui l'applique. Pour qu'il y ait coutume, il faut que chacun **pense se conformer à une règle de droit**.

C'est l'élément **psychologique**, qu'on appelait au Moyen Age *l'opinio juris*.

**Exemple**

En France, aucune loi n'énonce que la femme mariée doit porter le nom de son mari, mais la grande majorité de la population croit dans le caractère obligatoire de cette règle coutumière.



## §2. Rôle de la coutume

---

La question se pose de savoir comment s'organisent les rapports entre la loi et la coutume.

Il faut distinguer deux sortes de coutumes, selon qu'elles sont ou non fondées sur une permission du législateur.

### A. La coutume fondée sur la permission du législateur

---

Il est assez fréquent que la loi renvoie expressément aux usages pour régler un point particulier. On parle alors de **coutumes *secundum legem*** (= suivant la loi, conformément à la loi).

**Exemple**

L'**article 1159 du Code civil** énonce qu'il faut se référer aux usages pour interpréter les contrats : « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ».

**Exemple**

L'[art 521-1 du Code pénal](#) interdit de commettre des sévices ou des actes de cruauté sur les animaux, mais autorise, par exception, les courses de taureaux et les combats de coqs « *lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée* ». Ainsi, les corridas dans les pays basque et nîmois, ou les "combats coq" dans l'île de la Réunion, sont-ils tolérés.

## B. La coutume existant en dehors de la loi

---

Dans ce cas, la coutume n'a pas la loi pour support : elle existe de façon autonome, soit en l'absence de la loi, soit à l'encontre de la loi.

### 1. La coutume *praeter legem*

---

La coutume *praeter legem* est celle qui intervient en l'absence de tout renvoi par la loi, lorsque la loi est lacunaire sur un point particulier.

L'inflation législative, qui essaie de régler toutes les situations dans le moindre détail, a pour conséquence que les règles coutumières *praeter legem* sont de plus en plus rares.

**Exemple**

On peut citer à nouveau comme exemple la règle qui veut que la femme prenne le nom de son mari. Toutefois l'[article 264 du Code civil](#), qui date de 1893, et énonce que « *à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom* », semble avoir implicitement ratifié cette règle coutumière.

### 2. La coutume *contra legem*

---

Il s'agit de coutumes qui contredisent les lois. La question est ici de savoir qui de la loi ou de la coutume va l'emporter. En principe, la loi écrite a **une autorité supérieure** à la coutume.

**Exemple**

L'usage bancaire qui réduit l'année à 360 jours ne l'emporte pas sur les textes qui exigent que le taux annuel de l'intérêt soit déterminé par référence à l'année civile (365 ou 366 jours).

Toutefois, il arrive que la jurisprudence fasse prévaloir la coutume, ou admette que les deux règles puissent **cohabiter**.

- Cela arrive, rarement, quand la loi est désuète, et que la coutume, mieux adaptée car elle a suivi les évolutions de la société, a une plus grande vocation à s'appliquer.
- Cela arrive aussi parfois lorsque la loi est encore en vigueur.

### **Exemple**

**La solidarité en matière commerciale** : en droit commercial, lorsque plusieurs personnes sont débitrices d'une même personne au titre d'un même contrat, elles sont **solidaires**, c'est-à-dire que le créancier peut demander la totalité de la somme à l'une d'entre elles, laquelle ne peut refuser de payer, quitte ensuite à demander remboursement de leur part aux autres débiteurs. La solidarité est une coutume qui s'applique **systematiquement** en matière commerciale, contrairement à la règle de l'[article 1202 du Code civil](#), qui exige que la solidarité soit **expressément** stipulée dans le contrat. Les deux règles coutumières et légales coexistent, avec des champs d'application différents (commercial : solidarité présumée /civil : solidarité expresse).

**Ex 2** : l'[article 931 du Code civil](#) exige que toute donation soit constatée dans un **acte authentique** dressé par un **notaire**. Or, la jurisprudence admet que, jusqu'à une certaine somme, le don puisse se faire **manuellement**, c'est-à-dire de la main à la main, sans rédaction d'un acte authentique.

### **Remarque**

Ces exemples démontrent que la coutume est une **source informelle** du droit. L'importance de la coutume **varie** selon les branches du droit : elle est assez vivace en droit international, en droit commercial et en droit social, nettement moins présente en droit administratif, et quasi-inexistante en droit constitutionnel.

## Section 3. Les autorités

---

Nous abordons ici un sujet à la fois épineux et très important pour comprendre la formation du droit contemporain. Il faut en effet savoir qu'aux **modes classiques** d'élaboration du droit (loi, coutume, jurisprudence) s'est ajouté, ces quarante dernières années, un mode beaucoup moins classique : une foule de textes (en ce sens attention, il s'agit de textes *écrits* mais non de droit légiféré) sont édictés quotidiennement par des autorités ou des instances, compétentes à cet effet. La variété de ces textes se laisse apercevoir au travers des termes employés : circulaires, recommandations, avis, rapports, directives, codes de bonne conduite, de déontologie, d'éthique...

Ce phénomène n'est-il que l'expression formelle d'une mode, ou traduit-il une nouvelle conception de la pyramide des normes ? Quelle est la valeur juridique de ces règles ?

### Remarque

En fait, ces autorités ne peuvent être considérées comme de véritables sources du droit, mais elles contribuent indirectement à l'élaboration du droit.

## §1. Les autorités administratives

---

De nombreuses autorités administratives font tous les jours des actes qui empruntent à la loi leur caractère **général** mais qui ne sont pas des lois, ni quant à la forme ni quant au fond. On va rapidement présenter un tableau des organes et des actes concernés.

### A. Les organes

---

- Il s'agit, classiquement, de l'**Administration** qui, indépendamment des modes de création usuels du droit par voie de **règlement administratif**, contribue à la construction du droit par l'édition d'un certain nombre d'actes, comme les circulaires ou les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires.
- Moins classiquement, les **autorités administratives indépendantes** (AAI) sont des organismes de droit public qui ne sont pas soumis à une autorité hiérarchique et qui jouent un **rôle de régulation** dans certains secteurs professionnels particuliers. Ces AAI sont innombrables, et s'implantent dans les domaines les plus variés. Citons pêle-mêle : le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL), la Commission nationale des clauses abusives, l'Autorité de la concurrence, le Comité consultatif National d'Éthique etc. L'existence de ces instances pose des problèmes relatifs à la séparation des fonctions dans l'Etat car certaines de ces A.A.I. ont des **pouvoirs très importants** (pouvoirs d'injonction, de sanction, et même pouvoirs juridictionnels).

### B. Les actes

---

L'éventail des actes par lesquels l'administration ou les A.A.I. exercent leurs fonctions est très large. Indépendamment des actes individuels (ex. une autorisation ou une sanction) et des actes qui ne sont pas spécifiques à ces instances (par exemple l'AMF peut, sous certaines conditions, édicter des règlements), ces autorités prennent trois types d'actes particuliers, qui retiendront notre attention.

## 1. Les circulaires administratives

---

Les circulaires remplissent un rôle grandissant, non seulement en droit public mais aussi en droit privé. Elles sont destinées à guider les agents publics, les fonctionnaires et les juges dans l'application des lois et des règlements.

### Exemple

La circulaire ministérielle n° 2009-109 du Ministère de l'Education nationale en date du 20 août 2009 a pour objet de présenter aux Recteurs d'académie l'organisation des stages que doivent suivre les étudiants en master se destinant aux métiers de l'éducation.

Simple mesure **internes à l'administration**, les circulaires n'ont en principe **aucune force obligatoire**, et n'ont donc pas de valeur juridique. Il est néanmoins évident que la fonction de **guide** que remplissent les circulaires est en pratique très importante. Par ailleurs, le Conseil d'Etat reconnaît à **certaines circulaires** une force impérative, qui les expose à un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

## 2. Les recommandations

---

Inspirées de pratiques des organisations internationales, les recommandations sont des actes par lesquels une autorité invite leurs destinataires à se comporter d'une certaine façon mais sans que, en droit, ces suggestions soient assorties d'une force contraignante. Bien entendu, cela ne veut pas dire que ces recommandations n'aient pas d'influence, au contraire. Ainsi en va-t-il des recommandations de l'AMF (Autorité des Marchés financiers), de la Commission des clauses abusives ou encore de la CNIL (Commission nationale Informatique et libertés).

### Exemple

La Commission des Clauses abusives, dans sa recommandation n° 10/01 recommande de supprimer des contrats de prestations de cours individuels de soutien scolaire à domicile, les clauses ayant notamment pour objet ou pour effet :

- de laisser à l'appréciation discrétionnaire du professionnel le délai d'annulation d'un cours ;
- d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement la durée, les caractéristiques ou le prix de la prestation d'enseignement, en cours d'exécution du contrat.

## 3. Les réponses des ministres aux questions des parlementaires

---

Ces questions sont posées aux ministres par les parlementaires, pour connaître l'orientation de leur action politique, et l'interprétation qu'il convient de faire des lois et décrets.

Mis à part dans le domaine fiscal les réponses ministérielles ne s'imposent pas au juge et **ne s'insèrent pas** dans la hiérarchie des normes mais, comme les circulaires et recommandations, elles ont toutefois une influence certaine sur l'**interprétation** des lois par les juges, et dissuadent parfois les justiciables d'aller porter leur litige devant un juge.

## §2. Les autres autorités

---

Il s'agit principalement de la doctrine et des autorités professionnelles.

## A. La doctrine

### 1. Définition

La **doctrine** désigne l'ensemble des **opinions** émises par ceux qui **enseignent** le droit ou, plus généralement, le pratiquent et l'étudient.

La doctrine se manifeste de multiples manières : traités, manuels, précis, chroniques, commentaires d'arrêt publiés dans les revues juridiques... Dans ces divers types de texte, les auteurs expriment, à propos de telle ou telle question juridique, leurs approbations, critiques et propositions.

On peut distinguer :

La doctrine classique	La doctrine moderne
<p>du XIXème siècle, très fidèle au Code civil et à la loi : ainsi les ouvrages de Demolombe, de Troplong ou de Toullier, qui ont procédé par exegèse du Code civil ; plus modernes, les Cours de droit civil d'Aubry et Rau ont fortement influencé la jurisprudence.</p>	<p>des XXème et XXIème siècles, qui s'affranchit du Code et de la loi pour intégrer toutes les sources du droit (avec un bel intérêt pour la jurisprudence), et faire appel aux disciplines telles que la sociologie, l'économie, le droit comparé. Citons Henri Capitant, Léon Duguit, François Gény, Maurice Hauriou, Henri Motulsky et tant d'autres, qui ont contribué à faire connaître et évoluer le droit moderne.</p>

### 2. Autorité de la doctrine

- **La doctrine n'est pas une source du droit**

En droit romain, les opinions émises par certains jurisconsultes s'imposaient aux juges, qui devaient les respecter. Aujourd'hui les avis de la doctrine n'engagent personne d'autre que ceux qui les énoncent. L'opinion d'un auteur, quelle que soit son autorité, ne s'impose pas au juge. Inversement, le juge peut se rallier à une opinion doctrinale, mais il ne peut pas fonder sa décision sur les seuls écrits d'un auteur.

- **La doctrine exerce une fonction scientifique** de mise en ordre de clarification et de systématisation du droit.

Plus concrètement, la doctrine peut exercer deux fonctions :

- Elle peut **guider la jurisprudence** : le juge n'a pas toujours le temps de réfléchir aux principes fondamentaux, à la façon dont les lois doivent s'articuler les unes avec les autres, aux manières de pallier les lacunes de la loi.

**Exemple**

Saleilles et Josserand ont à la fin du XIXème siècle exercé une influence majeure sur l'élaboration de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses.

- La doctrine peut aussi exercer une **influence sur le législateur**, soit indirectement par ses travaux courants, soit plus directement lorsque le législateur demande à un auteur de présider à l'élaboration des projets de réforme.

**Exemple**

Nous avons déjà cité l'exemple du Doyen Carbonnier qui a été l'inspirateur et le coordinateur des grandes réformes en droit de la famille dans les années 1960-70.

## B. Les autorités professionnelles

---

Les autorités professionnelles sont multiples. Elles énoncent de nombreuses règles, que l'on ne peut pas réellement qualifier de règles de droit. Pour ne citer que les plus importantes :

### 1. Les règles de déontologie

---

Il s'agit de textes, de formes très variées, que les professionnels d'un secteur (médecins, vétérinaires, huissiers, journalistes, etc.) regroupés en Ordres ou en Syndicats, se donnent à eux-mêmes pour réguler leur profession. Souvent ces règles sont regroupées dans des codes qui, en réalité, n'ont de codes que le nom, étant assez éloignés des codes étatiques. Sans avoir en soi de force obligatoire, elles peuvent néanmoins être à l'origine **d'usages professionnels**, qui pourront servir de référence pour l'interprétation des contrats, ainsi que nous l'avons vu à propos de la coutume.

### 2. Les conventions collectives de travail

---

Les conventions collectives sont des contrats qui ont pour objet l'aménagement des conditions d'emploi et de travail des salariés au sein d'une même entreprise, ou d'une même branche d'activité. Conclues **entre les employeurs et les représentants des salariés**, elles ont ceci de particulier que, contrairement aux contrats de droit commun, qui ne s'imposent qu'aux personnes qui les ont signés, les conventions collectives peuvent, **à certaines conditions**, s'imposer aux salariés non signataires, dès lors qu'elles appartiennent à l'entreprise ou à la branche professionnelle considérée. Elles ont alors un caractère général et abstrait, et une force obligatoire qui permet de les considérer comme une véritable source du droit.

**En conclusion** on doit retenir qu'il existe des sources du droit dont l'existence et la valeur ne sont pas contestées : il s'agit de toutes les sources du droit écrit (Constitution, traités, lois, règlements). Les sources du droit non-écrit, comme la coutume et la jurisprudence, sont également reconnues, même si leur valeur exacte reste encore discutée. Enfin, depuis quelques décennies apparaissent une multitude de règles dont on ne reconnaît pas la valeur de règle de droit à part entière, mais qui ont une influence sur l'élaboration du droit, et ont elles-mêmes tendance à se « juridiciser », en acquérant une valeur juridique.

#### *Remarque*

On peut discuter de l'origine et de la portée de ce phénomène qui tend à multiplier les sources du droit, à côté des sources « officielles ». Est-ce la manifestation d'une désacralisation de la loi (on parle de "crise de la loi") ? du refus de se plier aux normes générales peut-être trop abstraites et déconnectées de la réalité des gens ? La multiplication des normes particulières n'est-elle pas un danger pour l'égalité des citoyens devant la loi ? pour la sécurité juridique ? (comment savoir quelle règle est applicable ? comment combiner les règles entre elles ?). La question des sources du droit génère d'importantes interrogations, sans cesse renouvelées.