Université Numérique Juridique Francophone

Introduction au droit

Leçon 3 : Les sources du droit : le droit écrit

Eléonore CADOU

Table des matières

Section 1. Les sources supra-législatives....p. 4
§1. La Constitution....p. 4
A. Le contenu de la Constitution de la Vème République....p. 4
B. Les normes assimilées....p. 4
§2. Les sources internationales....p. 5
A. Les traités et accords internationaux....p. 5
B. Les sources européennes....p. 7
1. Le droit de l'Union européenne....p. 7
a) Les principales règles du droit de l'Union européenne : droit primaire et droit dérivé....p. 7
b) La sanction du droit de l'Union européenne....p. 8
2. Le droit européen des droits de l'Homme....p. 9
a) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH)....p. 9
b) La sanction....p. 10
Section 2. La loi....p. 12
§1. Définitions....p. 12
§2. Les différents types de lois....p. 12
A. Les lois organiques....p. 12
B. Les lois référendaires....p. 12
C. Les lois ordinaires....p. 13
D. Les ordonnances....p. 13
E. Les règlements administratifs....p. 14

UNJF - Tous droits réservés

> ***Remarque***
> **RAPPEL** : **Le droit français du contrat, du régime général et de la preuve des obligations a fait l'objet d'une importante réforme avec l'ordonnance du 10 février 2016 . Dans cette leçon les articles du Code civil qui portent la mention "nouv." (ex. art. 1353 nouv. du C. civ.) font référence aux articles postérieurs à la réforme, tels qu'ils figurent dans les codes d'une édition postérieure à 2016**.

- Le **droit objectif** est l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les rapports des hommes entre eux et avec les choses.

Il n'est pas composé d'un corps de règles homogènes : certaines règles sont dites « écrites », c'est à dire qu'elles émanent d'une **autorité instituée**. Il en va ainsi des lois, énoncées par le Parlement représentant la volonté générale française ; ainsi également des règles émanant de Traités internationaux. D'autres règles sont simplement le fruit d'une pratique sociale, d'une habitude, et n'ont pas besoin d'être écrites.
On décrit ce phénomène en considérant que le droit objectif a différentes **sources**, qui varient en fonction de l'organe ou de l'autorité qui édicte la norme : sources de droit écrit, sources de droit non-écrit

Avant d'étudier ces sources, on doit exposer la définition de la règle de droit :

- La **règle de droit** est une règle de conduite générale et abstraite, permanente et obligatoire, qui a un contenu normatif.

On va voir, en étudiant chacun de ces caractères, que certains ne sont pas toujours respectés.

- **Générale et abstraite** : la règle de droit s'applique à toutes les personnes, ou à toute une catégorie de personnes sans distinction ; elle ne s'applique pas à une personne nommément désignée, mais à une catégorie de personnes identifiée par sa qualité ou sa situation particulière.

  > ***Exemple***
  > Art. 9 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

  > ***Remarque***
  > Ce caractère de généralité est de plus en plus souvent dévoyé lorsque, sous l'influence de groupes de pression, ou par volonté électoraliste, on multiplie les règles destinées à un petit groupe : sous couvert d'équité ou de modération des inégalités sociales, on tente de satisfaire des intérêts particuliers, au détriment de l'intérêt général.
  > La règle de droit conserve néanmoins sa généralité lorsque la catégorie à laquelle elle s'adresse est suffisamment large, et désignée par des **critères objectifs**.

- **Permanente** : la loi s'applique sans interruption du jour de sa naissance à celui de sa mort, de sa promulgation à son abrogation.

  > ***Remarque***
  > A l'heure actuelle, certaines lois ont une durée de vie si courte (certaines ont même une durée déterminée, comme les lois dites *Bioéthique* de 1994, 2004 et 2011) que l'on peut douter que ce dernier caractère soit encore très pertinent pour définir la règle de droit.

- **Obligatoire** : la règle de droit est en principe sanctionnée par la puissance publique, c'est-à-dire que les tribunaux peuvent contraindre le destinataire de la règle à la respecter. Ce dernier caractère permet de distinguer la règle de droit des autres règles de conduite, comme la règle **morale** et la règle **religieuse**, qui sont sanctionnées par la conscience individuelle et/ou par le jugement social ou divin.
  Toutes les règles n'ont pas la même façon d'exprimer leur force obligatoire : aux règles **impératives**, auxquelles on ne peut pas déroger, on oppose les règles dites **supplétives**, que l'on peut écarter par une manifestation de volonté.

UNJF - Tous droits réservés

> ***Exemple***
> L'article 1400 du Code civil prévoit que, à défaut de contrat de mariage, le régime qui s'applique aux biens des époux est le régime de la communauté légale, autrement appelée "communauté réduite aux acquêts" (qui implique que tous les biens acquis après le mariage tomberont dans la masse commune aux deux époux). Ce régime ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les conjoints. C'est donc une règle supplétive.

Mais cette distinction **ne contredit pas** le caractère obligatoire de la règle : même si la règle est supplétive, elle sera sanctionnée dès lors qu'elle est choisie par les parties au contrat. Inversement, si elle est écartée par une volonté commune, l'un des cocontractants ne pourra pas demander ultérieurement qu'elle soit sanctionnée par le juge.

- **Normative** : Ce dernier caractère a fait l'objet d'une reconnaissance récente par le Conseil constitutionnel qui a considéré que « *la loi a vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (décision n° 2005-512 du 21 avril 2005 sur la Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école). Ainsi, une disposition générale énonçant par exemple que « *l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves* » ne peut se voir reconnaitre la qualification de règle de droit (et donc, la sanction étatique).

> ***Remarque***
> Il n'est pas toujours facile de mettre en œuvre cette distinction, et l'histoire démontre que la jurisprudence a souvent réussi à dégager des règles de droit à partir de dispositions qui n'avaient pas initialement de portée normative.

- Finalement, c'est bien le caractère **coercitif** qui constitue la marque spécifique de la règle de droit.

En savoir plus : Les grandes familles du droit

.

Tous les grands systèmes juridiques ont développé leur propre théorie des sources du droit, en fonction de leur histoire et de l'idéologie dominante.

Ainsi on peut classer les démocraties occidentales dans deux grandes familles de droit :

- Les pays dits de ***common-law*** (Angleterre, Irlande et Etats-Unis) ont principalement élaboré leurs systèmes juridiques à partir de règles de droit non-écrites : sans accorder de place primordiale à la loi, le droit s'y est formé peu à peu, à l'occasion de décisions de justice rendues par des juges qui n'avaient pas forcément de formation universitaire. On se trouve ici devant un droit de type casuistique : ce sont les solutions adoptées par les tribunaux au cas par cas qui vont finalement créer la règle (*précédent*). Aucun effort de codification particulier n'a été fait jusqu'au début du XXème siècle. Depuis lors, les choses ont évolué : la jurisprudence est de plus en plus souvent complétée, mise à jour ou modifiée par la législation, et les juges sont de plus en plus fréquemment formés dans les universités.
- Les pays appartenant à la famille ***romano-germanique*** (= la France et les pays du continent européen, à l'exception des anciens pays socialistes + l'Amérique Latine) ont *grosso modo* vécu une évolution en sens inverse : élaborés sur la base du droit écrit romain, très influencés par les solutions germaniques, ces systèmes sont profondément marqués par une tradition de codification des textes. Pourtant, après des siècles de méfiance à l'égard des tribunaux, le droit français est aujourd'hui nettement plus ouvert à l'œuvre créatrice de la jurisprudence.

Ainsi, les deux familles de droit évoluent l'une vers l'autre, sans pour autant rejoindre une position commune.

Les sources du droit ont ceci de particulier qu'il existe entre elles une **hiérarchie** particulière : les règles écrites sont classées par ordre d'importance, et les règles qui appartiennent à une catégorie inférieure doivent être conformes aux normes supérieures. Cette hiérarchie est indispensable pour assurer une cohérence dans le droit positif, et régler certains conflits pouvant apparaître entre deux règles. On décrit cette hiérarchie en parlant de **pyramide des normes**, nous aurons l'occasion d'y revenir.

Après avoir étudié rapidement les sources supra-législatives (Section 1), nous examinerons la loi (Section 2).

UNJF - Tous droits réservés

Section 1. Les sources supra-législatives

Elles sont de trois ordres : la Constitution (§1) les traités internationaux (§2) et le droit européen (§3).

§1. La Constitution

La Constitution se trouve au sommet de la pyramide des normes.

C'est le **texte fondamental**, la norme suprême, dont le principal objet est de réglementer l'organisation et le fonctionnement des institutions françaises.

En France, la première Constitution date de 1791.

A. Le contenu de la Constitution de la Vème République

La Constitution actuellement en vigueur est **la Constitution de la Vème République**, adoptée le 4 octobre 1958. Elle est constituée d'un Préambule, et de 89 articles qui forment "le corps" de la Constitution. Elle contient 2 sortes de dispositions principales :

- Les premières concernent **l'existence, la structure et le fonctionnement** des Pouvoirs publics. On y trouve les règles relatives au Président de la République, au Gouvernement, au Parlement, au Conseil constitutionnel. L'étude de ces différentes règles techniques relève du droit constitutionnel.
- Les secondes sont relatives aux **droits fondamentaux des individus**, qu'on appelle fréquemment les "droits de l'Homme" dans le langage courant. Dans son Préambule, la Constitution déclare ainsi reprendre à son compte :
  1. Les droits politiques définis dans la DDHC de 1789 : la liberté de pensée et d'expression, la sûreté (= principes de procédure comme la présomption d'innocence, le principe de légalité des délits et des peines, la protection contre les détentions arbitraires), le droit de propriété individuelle, la souveraineté nationale (« *La loi est l'expression de la volonté nationale* ») ...
  2. Les droits économiques et sociaux définis dans le Préambule de la Constitution de 1946 : droit au travail, droit de grève, droit à l'éducation, à la santé ...

  L'étude de ces règles relève du cours de Libertés publiques.

B. Les normes assimilées

Certains principes sont assimilés, du point de vue de leur valeur juridique, aux règles constitutionnelles. Il s'agit de normes consacrées par le Conseil constitutionnel, souvent à partir de principes ou de règles instituées :

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)	Principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT)	Principes et objectifs à valeur constitutionnelle (PVC)

UNJF - Tous droits réservés

Les **Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** sont des principes généralement dégagés de la législation de la IIIème République. ***Exemple*** La liberté d'association, la liberté d'enseignement, le respect des droits de la défense.	Les **Principes particulièrement nécessaires à notre temps** sont extraits du Préambule de la Constitution de 1946. ***Exemple*** Le droit à la santé, à l'éducation, le droit de grève et la liberté syndicale.	Les **principes et les objectifs à valeur constitutionnelle** sont dégagés par le Conseil constitutionnel sans référence à un texte particulier. ***Exemple*** La dignité humaine ; la continuité de l'Etat et du Service public ; la sauvegarde de l'ordre public.

Toutes ces normes forment avec la Constitution ce que l'on appelle le Bloc de constitutionnalité. C'est par rapport à ce bloc que s'opèrera le contrôle de constitutionnalité des lois et des traités (v. *infra*, leçon n° 4).

§2. Les sources internationales

Parmi les sources instituées du droit, les sources internationales prennent une part de plus en plus importante. On peut en distinguer deux sortes : les traités internationaux, d'une part, et le droit européen d'autre part.

A. Les traités et accords internationaux

Les traités internationaux sont des conventions négociées entre différents Etats dans le but de s'engager les uns envers les autres ou à l'égard de leurs ressortissants, dans les domaines qu'ils définissent.

Ils peuvent avoir les objets les plus variés : la paix, le commerce, la protection des droits des personnes détenues, etc. et peuvent lier deux (on parle alors de traité bilatéral) ou plusieurs Etats (traité multilatéral). Ils peuvent avoir une aire d'application "régionale" lorsqu'ils impliquent certains pays du globe (ex : Charte africaine des droits de l'homme, 1981) ou "universelle", lorsque ils concernent des pays de plusieurs continents (ex : Charte des Nations Unies, 1945).

La Constitution de 1958 prévoit dans son article 55 les conditions d'intégration et la place des traités dans le droit positif français :
« *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* »

Il y a donc deux conditions pour qu'un Traité déjà signé puisse être appliqué en France :

1. Le Traité doit être **ratifié**. La ratification, qui marque le consentement définitif de l'Etat à la Convention qu'il a signée, est opérée soit par le **Président de la République** (art. 52 Const.), soit par une **loi spécifique** (art. 53 Const. pour les traités concernant la paix, le commerce, les finances de l'Etat, l'intégrité du territoire, etc.).
   Les accords internationaux sont soumis à une procédure d'approbation, plus simple que la ratification.

   Remarque
   Si le Conseil constitutionnel estime qu'un engagement international est contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver le traité ou l'accord international ne peut intervenir **qu'après révision de la Constitution** (art. 54 Const.).

UNJF - Tous droits réservés

> ***Exemple***
> Dans sa décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a constaté la non-conformité à la Constitution de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Aucune révision de la Constitution n'ayant eu lieu par la suite, cette charte n'a donc pas pu être ratifiée.

2. Le Traité doit être **appliqué par l'autre partie signataire** : c'est la condition de **réciprocité**. Ainsi, un Etat signataire d'un traité international peut refuser de l'appliquer si l'autre partie ne le respecte pas lui-même. Toutefois cette condition n'est pas exigée en matière de droits de l'homme (ce n'est pas parce que vous ne les respectez pas que je peux également m'en dispenser).
   Les traités internationaux qui remplissent ces deux conditions de ratification et de réciprocité sont en principe applicables en France, ce qui implique qu'ils peuvent être **invoqués par les justiciables** devant les tribunaux français, qui devront en faire application, au besoin en écartant une disposition de droit interne.
   Exception : Il arrive toutefois qu'une convention internationale se borne à donner naissance à des obligations entre Etats, ou à faire des déclarations générales, sans créer de droits précis au bénéfice des individus : on dit alors que la convention n'est pas **d'application directe** (ou qu'elle n'est pas *self-executing*) c'est-à-dire qu'elle ne pourra pas être invoquée par les justiciables devant les tribunaux français.

En savoir plus : Les critères de l'applicabilité directe

Quels sont les critères permettant de décider si une convention est ou non *self-executing* ?
Tout dépend en fait de l'intention des auteurs du traité. Puisque leur objectif est de protéger les individus aussi efficacement que possible, on doit en principe reconnaître l'existence d'une règle chaque fois que le texte est **assez précis** pour être effectivement appliqué par un juge. On recourt donc à deux types de considérations pour savoir si l'on est ou pas en présence d'une règle directement invocable : soit le traité s'exprime **clairement** en termes d'obligations à la charge des Etats ; soit la proposition énoncée est **trop vague** pour se suffire à elle-même, elle ne peut donc se référer qu'à l'objectif que les Etats devront atteindre en légiférant (il n'est donc pas *self-executing*).

> ***Exemple***
> Si le traité stipule « *Les parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction le droit de ne pas être extradée* » => La règle est suffisamment précise pour être d'applicabilité directe.
> S'il prévoit au contraire « *Les parties contractantes s'engagent à faire leur possible pour que les droits de l'homme soient respectés* » => La règle ne crée pas d'obligation précise à la charge des Etats : pas d'applicabilité directe.

Ce débat a été particulièrement vif s'agissant de la **Convention sur les droits de l'enfant** du 26 janvier 1990, dont la Cour de cassation a d'abord décidé qu'elle ne créait d'obligations qu'à la charge des Etats-parties et n'était donc pas directement applicable en droit interne. Mais, par un **important revirement de jurisprudence**, elle a finalement admis que cette convention pouvait être citée par les justiciables devant les tribunaux français, en invoquant par exemple le droit de l'enfant à être entendu dans toute affaire le concernant (Cass. civ. 1ère, 18 mai 2005, *Bull. civ.* I n° 212).

En savoir plus : Le droit universel des droits de l'homme

L'émergence de ce droit est historiquement liée à la prise de conscience de l'atteinte majeure à la dignité humaine qu'a provoquée le régime nazi pendant la seconde guerre mondiale.
Lorsqu'on parle du droit universel des droits de l'Homme on évoque essentiellement des pactes et déclaration élaborés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies. Les textes les plus connus sont :

- la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) proclamée en 1948 par l'Assemblée générale des nations-Unies ;
- les deux pactes des Nations-Unies de 1966 relatifs, pour l'un, aux droits civils et politiques, pour l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels ;

UNJF - Tous droits réservés

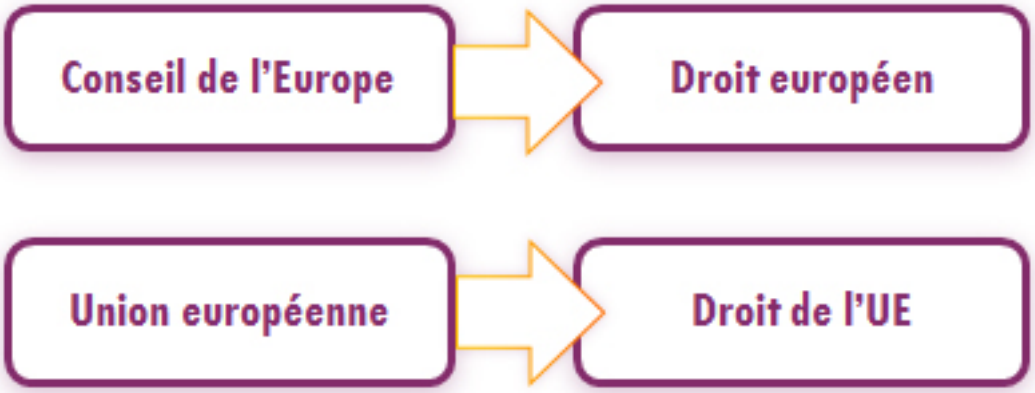
- la Convention des droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

Seuls ces deux derniers textes se sont vu reconnaitre (au moins pour partie) une applicabilité directe dans le droit français. La DUDH n'est pas directement invocable devant les juridictions nationales. Il n'empêche qu'elle a été traduite en près de 250 langues nationales et vernaculaires, et qu'elle est le document relatif aux droits de l'Homme le mieux connu et le plus souvent cité du monde. Elle sert de modèle à de nombreux traités et déclarations internationales et est reprise par les constitutions et les lois d'un grand nombre de pays.

B. Les sources européennes

Il est important de bien faire la distinction entre :

- d'une part, les règles du **droit européen**, qui ont été élaborées par les membres du Conseil de l'Europe, notamment par le biais de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) de 1950, et qui ont les **libertés et droits fondamentaux** pour principal objet ;
- d'autre part, les règles du **droit de l'Union européenne** (anciennement droit communautaire), élaborées par l'Union européenne, (UE, anciennement CEE, pour Communauté économique européenne) à partir du Traité de Rome de 1957. Il s'agit principalement de règles de **droit économique** (libre circulation des personnes et des marchandises dans l'Espace Européen, Politique agricole commune, union douanière, monnaie unique...) et **politiques** (accords de Schengen, coopération policière et judiciaire entre les Etats membres…).



1. Le droit de l'Union européenne

Sans détailler l'histoire ni les institutions de l'Union Européenne (qui font l'objet d'enseignements spécifiques), on étudiera d'abord les grands types de règles en droit de l'U.E., puis leur sanction.

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

Du point de vue des sources du droit, le droit européen est très complexe. En effet, il comprend non seulement les règles provenant des traités mais aussi celles édictées par les différents organes de l'Union Européenne : Conseil européen, Conseil de L'Union européenne, Commission européenne, Parlement européen et Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, anciennement CJCE). C'est pourquoi on a pris l'habitude de distinguer **deux types de règles** en droit de l'Union européenne :

1. le **droit primaire**, constitué par les divers traités et accords qui ont jalonné la mise sur pied de la communauté européenne. Il s'agit des **trois traités originaires** (Traité de Paris instituant la CECA et

UNJF - Tous droits réservés

Traités de Rome de 1957), des traités relatifs à l'adhésion des différents Etats (27 membres en 2010), et des traités modificatifs comme le traité de Maastricht (1992), le Traité d'Amsterdam (1993), et plus récemment le Traité de Lisbonne (2007).

2. le **droit dérivé** des traités, c'est-à-dire l'ensemble des textes émanant des organes de la communauté ayant le pouvoir normatif, autrement dit : le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, sur proposition de la Commission. Du point de vue de la force contraignante, il faut distinguer les formes normatives suivantes :
   - **le règlement** a une portée **générale et abstraite** et il est obligatoire dans tous ses éléments, c'est-à-dire non seulement quant aux **objectifs** visés mais aussi quant aux **moyens** indiqués pour atteindre ces objectifs. Il est directement applicable dans tous les Etats membres.
   - **La directive**, est moins contraignante : elle se contente de fixer des **objectifs**, en laissant aux Etats-membres le choix des moyens à utiliser pour atteindre ces objectifs. Pour être intégrées dans l'ordre juridique interne, les directives ont donc besoin d'être **transposées** : dans le délai imparti par la directive, les Etats membres doivent adopter une norme interne permettant d'atteindre les objectifs fixés par la directive. Si l'Etat ne procède pas à la transposition dans les délais, les juridictions nationales doivent tenir compte de la directive non transposée dans leur interprétation du droit national. L'Etat peut éventuellement être condamné pour ne pas avoir respecté l'obligation de transposition.
   - **La décision** est adressée spécifiquement à un individu, une entreprise ou à un Etat membre donné, et elle est obligatoire pour ses destinataires.
   - **La recommandation et l'avis** (par exemple un avis adressé par la Commission aux Etats) sont dépourvus de force obligatoire, mais ils ont un rôle de conseil et d'incitation.

Aujourd'hui, plus de la moitié de la législation française provient de l'Union européenne.

b) La sanction du droit de l'Union européenne

Le respect du droit de l'UE est assuré au niveau de l'Union européenne, mais également au niveau national :

1- La Cour de Justice de l'Union européennes (CJUE, anciennement CJCE)
La Cour de Justice, créée en 1957, siège à Luxembourg. Elle est composée d'un juge par Etat membre, assistés d'avocats généraux. Elle est chargée entre autres de veiller au respect du droit primaire et du droit dérivé de l'Union européenne.

- Elle peut être saisie **directement** par les plaideurs eux-mêmes, par exemple pour obtenir **l'annulation** d'un acte de l'UE (règlements, directives et décisions non conformes aux traités constitutifs) ou pour condamner un Etat pour **manquement** à ses obligations européennes (ex : retard dans la transposition d'une directive). Dans ces cas, la CJUE se prononce au fond et sa décision met fin au litige. Elle peut prononcer des **sanctions pécuniaires** contre les Etats qui n'exécuteraient pas ses décisions.
- La Cour de justice de l'UE peut également être saisie de façon **médiate**, c'est-à-dire non par un plaideur mais **par une juridiction nationale** qui, ayant à se prononcer sur une question de droit de l'UE, sursoit à statuer (suspend sa décision) et s'adresse à la CJUE pour lui demander dans quel sens elle doit interpréter telle ou telle disposition de droit européen. On dit que la juridiction nationale s'adresse à la CJUE par voie de **question préjudicielle**.
  L'arrêt préjudiciel donne une réponse qui s'impose au juge national qui a posé la question et, en principe, à toutes les autres juridictions saisies d'un problème similaire (sauf si elles préfèrent poser leur propre question préjudicielle).

Il existe depuis 1988 un **Tribunal** (anciennement *Tribunal de première instance de l'Union européenne* (TPIUE), créé pour remédier à l'encombrement de la CJUE, et qui exerce en premier ressort la plupart des missions initialement confiées à cette cour. Le Tribunal est ainsi compétent pour :

- les recours en annulation d'un acte de l'UE,
- les recours en manquement contre un Etat défaillant,

UNJF - Tous droits réservés

- les recours en réparation d'un préjudice causé par les institutions de l'UE,
- les questions préjudicielles posées par les juridictions nationales.

Les décisions du Tribunal de l'UE sont susceptibles d'un pourvoi devant la CJUE, portant uniquement sur les questions de droit. En cas d'annulation de la décision du Tribunal, la Cour de justice peut soit **renvoyer** devant le Tribunal (qui sera lié par les points tranchés par la Cour) soit **statuer elle-même** au fond, substituant ainsi sa décision à celle du Tribunal.

2- Les juridictions nationales

Le droit de l'UE s'intègre de façon **immédiate** à l'ordre juridique interne (français), en vertu de deux grands principes :

- **Applicabilité directe du droit de l'Union européenne**. Ce principe implique que les justiciables de chaque Etat membre peuvent invoquer les règles du droit de l'UE devant les juridictions nationales, et exiger du juge qu'il en fasse application. Le problème est alors de savoir comment ces règles vont se combiner avec les règles de droit interne, et c'est l'objet du second principe.
- **Primauté du droit international sur le droit interne**. Ce principe, qui découle directement de l'article 55 de la Constitution, signifie que le juge doit **écarter** la règle de droit interne si elle est contraire à la règle de droit de l'UE. Encore faut-il que les juges se reconnaissent le pouvoir d'évaluer la conformité de la norme interne à la norme internationale.

> ***Remarque***
> Les juridictions françaises ont eu beaucoup de mal à se reconnaitre ce pouvoir, car il constituait une certaine abdication de la souveraineté nationale au profit du droit international.
> Il a fallu attendre l'arrêt Café Jacques Vabre, du 24 mai 1975, pour que la Cour de cassation reconnaisse cette primauté, et l'arrêt Nicolo, du 20 octobre 1989, pour que le Conseil d'Etat se rallie à ce principe.
> Depuis lors, les justiciables peuvent se défendre contre l'application d'une norme nationale en invoquant une norme de l'Union européenne devant une juridiction nationale.

.

2. Le droit européen des droits de l'Homme

Le droit européen comprend des textes et un système de sanction spécifiques.

a) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH)

Signée à Rome le 4 novembre 1950 par les Etats fondateurs du **Conseil de l'Europe**, ratifiée par la France en 1974, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales traite essentiellement de **droits civils et politiques** (il s'agit donc peu de droits économiques sociaux). Le texte initial a été complété par des textes ultérieurs, appelés Protocoles, qui sont à ce jour au nombre de 14.

> ***En savoir plus : Le Conseil de l'Europe***
> Créé en 1949 par 10 Etats, le Conseil de l'Europe avait pour objectif de favoriser en Europe un **espace juridique commun** dans le respect des identités culturelles, en défendant les droits de l'homme, la démocratie, et la prééminence du droit. Selon son statut, il entend aussi trouver des solutions aux problèmes de société tels que discrimination, immigration, bioéthique et clonage, terrorisme, etc. Il siège à **Strasbourg**, et compte actuellement 47 pays + 5 observateurs (Saint-Siège, EU, Canada, Japon, Mexique). Ses travaux ont permis l'adoption de plus de 200 textes - dont la Conv. EDH constitue le plus beau fleuron, mais on peut citer également : la Convention culturelle européenne, la Convention européenne pour la prévention de la torture, la Charte sociale européenne...

UNJF - Tous droits réservés

On peut classer ces droits garantis par la Conv. EDH :

- Il y a d'une part des **droits substantiels** qui concernent **la personne** (par exemple sa dignité, l'interdiction de la torture, la protection de la vie privée et familiale, etc.), **la vie de l'esprit** (la liberté d'expression et de religion), **l'action politique et sociale** (la liberté de réunion et d'association).
- Il y a ensuite des **garanties** : celle de la **légalité** (avec par exemple le principe de non-rétroactivité de la loi pénale), celle de **l'accès à la justice** (avec le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, dans un délai raisonnable, ou le droit à un recours effectif).

Il reste à savoir comment le respect de ces diverses garanties est assuré.

b) La sanction

La sanction du droit européen des droits de l'homme est principalement assurée par la **Cour européenne des droits de l'homme**. Mais le droit français réserve aussi une place grandissante à ces règles.

- La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH).
Ce qui singularise le droit européen, et lui confère une véritable efficacité, c'est la possibilité ouverte aux ressortissants des Etats-parties de saisir une juridiction spécialisée, chargée de veiller au respect des dispositions de la Conv. E.D.H.

La Cour européenne des droits de l'homme siège à Strasbourg et se compose d'un nombre de juges égal à celui des membres du Conseil de l'Europe. Les membres de la Cour sont élus pour neuf ans par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ils siègent à titre individuel, et ne représentent pas l'Etat dont ils sont originaires.

Depuis 1996, la Cour EDH peut être saisie directement par les Etats-membres, par un particulier ou par un groupe de particuliers se plaignant de la violation par un Etat des dispositions de la Convention.

> ***Exemple***
> En 1998, une femme française née "sous X" a saisi la Cour EDH parce que les autorités française refusaient de lui communiquer l'identité de sa mère. La demanderesse soutenait qu'un tel refus était contraire au droit au respect de la vie privée et familiale, porté par l'article 8 de la Conv. EDH. La Cour a rejeté cette demande le 13 février 2003 (Arrêt Odièvre c/ France) au motif que les droits de chacun étaient suffisamment préservés par le droit positif français.

En savoir plus : Le recours individuel devant la Cour EDH
La reconnaissance d'un recours individuel devant des juridictions internationales n'a pas été facile, mais elle a marqué un tournant du droit international : elle a permis en effet de considérer les personnes en tant que **sujets du droit international**. Le droit au recours individuel devant la Cour EDH n'a été accepté par la France qu'en 1981.

Ce recours individuel est toutefois soumis à de strictes conditions de recevabilité. La principale est celle relative à **l'épuisement des voies de recours internes** : le particulier ne peut saisir directement la Cour EDH que s'il a déjà saisi en vain toutes les juridictions nationales compétentes (ex : TA, CAA, CE pour un litige en droit public). Si les voies de recours internes n'ont pas été épuisées, la plainte n'est pas **recevable**, i.e. elle ne sera même pas examinée.

Le droit au recours individuel est devenu obligatoire pour tous les Etats signataires à compter du Protocole n° 11 de la Conv. EDH, adopté en 1994 et entré en vigueur à la fin de l'année 1996.

Portée des décisions de la Cour EDH : les arrêts de la Cour EDH sont ***obligatoires*** , au sens où les parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquelles elles sont parties. Mais les arrêts de la Cour ne sont pas **exécutoires** : c'est à l'Etat considéré qu'il appartient de se comporter de telle sorte qu'il soit mis fin à la violation de la Convention et d'en effacer les conséquences (en modifiant

UNJF - Tous droits réservés

ses textes, en indemnisant des victimes, en révisant un jugement). Il n'existe pas de force armée ou de police spéciale chargée de veiller à la bonne exécution des condamnations prononcées par la Cour EDH...

- L'intégration du droit européen des droits de l'Homme dans le droit français.

Les règles découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme forment un ensemble bien intégré dans notre ordre juridique interne. Cette intégration peut se faire par deux voies distinctes :

1. **la voie législative :**

> ***Exemple***
> Ex 1 : La loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et de l'enfant adultérin, a été adoptée après l'arrêt Cour EDH Mazurek c/ France du 1er février 2000 condamnant la discrimination successorale à l'égard des enfants adultérins (v. aussi le précédent de l'arrêt Marckx c/ Belgique, du 13 juin 1979 condamnant la distinction faite entre les familles naturelles et légitimes).
> Ex 2 : La loi Hortefeux du 20 novembre 2007 sur l'immigration donne un effet suspensif au référé formé contre les décisions de refus du droit d'asile. Cette loi a été adoptée après condamnation de la France par la Cour EDH en 2007.
> Ex 3 : La loi du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques, a été adoptée après la condamnation de la France par la Cour EDH le 24 avril 1990.

2. L'intégration du droit européen des droits de l'Homme peut également emprunter **la voie jurisprudentielle** :
   L'arrêt d'Assemblée plénière du 11 décembre 1992 , par lequel la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence antérieure qui refusait de modifier la mention du sexe sur l'état civil du transsexuel, est intervenu après la condamnation de la France par la Cour EDH le 15 mars 1992 (condamnation au visa de l'article 8 de la Convention EDH : vie privée et familiale).

Qu'il s'agisse de droits fondamentaux ou de droits commerciaux, il est clair que les autorités nationales ne peuvent plus méconnaître les exigences européennes et internationales.

UNJF - Tous droits réservés

Section 2. La loi

§1. Définitions

Le terme « loi » peut avoir deux sens :

- D'abord, **dans un sens formel**, la loi est définie non par son contenu, mais **par son origine** : la loi est le texte qui émane des autorités disposant du pouvoir législatif, par opposition aux règles et actes émanant du pouvoir exécutif. En France, la loi est donc le texte qui est adopté par **le Parlement**.

  Art. 34 Constitution : « *la loi est votée par le Parlement.* »

  > ***Remarque***
  > Le **sens formel** est un **sens strict**, et cela a été pendant longtemps l'unique sens du mot loi. La raison pour laquelle les révolutionnaires vouaient un culte à la loi, c'est parce que la loi était adoptée par les représentants du peuple, et qu'elle était donc **l'expression de la volonté populaire**.

  Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »
  Aujourd'hui, le sens formel n'est plus l'unique sens du mot loi, et c'est notamment ce qui a justifié qu'on parle de « crise de la loi ».

- Dans un sens **matériel**, la loi est définie **par son contenu**, c'est-à-dire que c'est une règle de droit écrit, générale et abstraite, permanente et obligatoire, de portée normative.

  Dans ce sens, les lois sont non seulement les textes adoptés par le Pouvoir législatif, **mais également** les textes généraux et permanents émanant du Gouvernement ou d'une autorité administrative (règlements, ordonnances).

C'est ce dernier sens, beaucoup plus large que le précédent, que nous retiendrons ici.

§2. Les différents types de lois

Nous les classerons par ordre d'importance.

A. Les lois organiques

Les lois organiques **complètent la Constitution**. Elles ont notamment pour objet de fixer les modalités **d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics**. Elles sont adoptées suivant une procédure particulière, que nous ne détaillerons pas ici, mais sachez simplement qu'elles font l'objet d'un contrôle **préalable systématique** par le Conseil Constitutionnel.

B. Les lois référendaires

Elles sont prévues par l'article 11 de la Constitution : sur proposition du Gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées, le Président de la République peut soumettre au **référendum populaire** tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique et sociale, sur les services publics ou sur la ratification des traités internationaux. Si le référendum conclut à

UNJF - Tous droits réservés

l'adoption du projet de loi, le Président de la République promulgue la loi correspondante, qui s'intègre alors dans le droit positif.

> ***Exemple***
> Le 24 septembre 2000, les français inscrits sur les listes électorales ont été consultés par référendum sur le point de savoir si la durée du mandat du Président de la République devait passer de 7 à 5 ans. Le quinquennat ayant été approuvé par 73 % des personnes consultées, il a été inscrit dans une loi référendaire du 2 octobre 2000.

C. Les lois ordinaires

Ce sont celles qui correspondent à la **définition stricte** de la loi (i.e. dans son sens formel). Elles portent sur des domaines précisément définis à **l'article 34 de la Constitution** : droits civiques et libertés fondamentales, état et capacité des personnes, nationalité, détermination des crimes et des délits et des peines qui leurs sont applicables, assiette et taux de l'imposition, etc.

Parmi les lois ordinaires, on distingue notamment :

- **les lois de finances**, qui prévoient chaque année les ressources et les dépenses de l'Etat,
- **les lois de programme**, qui déterminent les objectifs de l'action économique de l'Etat.

> ***En savoir plus : La procédure législative***
> Comment une loi est-elle adoptée ? Cela commence par un **projet de loi** déposé par le gouvernement ou une **proposition de loi** émanant d'un parlementaire. Le projet ou la proposition devient loi s'il/elle est adopté(e) dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et le Sénat. En cas de désaccord, on tentera de résoudre les difficultés au sein d'une **Commission mixte paritaire**. Si le désaccord persiste, le gouvernement peut demander à la seule Assemblée nationale de statuer définitivement (voir l'article 45 Const.). Une fois que la proposition ou le projet est adopté, le texte est **promulgué** puis **publié**. C'est ce texte définitif qui sera obligatoire (pour plus d'information v. le cours de droit constitutionnel).

D. Les ordonnances

Les ordonnances sont des actes de l'exécutif portant sur des matières qui sont normalement de la compétence du législatif.

> ***Remarque***
> **Rappel :** a l'origine, en tout cas depuis la Révolution française, la loi était de la **compétence exclusive** du Parlement. Cette situation est rapidement apparue gênante car, dans les périodes d'instabilité parlementaire, l'action législative était paralysée, et l'exécutif ne pouvait plus gouverner. Ces circonstances ont incité les différents chefs de l'exécutif à outrepasser leurs pouvoirs en prenant des ordonnances ou des décrets ayant force de loi. Ces mesures n'étaient généralement pas conformes aux Constitutions de l'époque, mais étaient motivées par des situations d'urgence : par exemple en 1848, en 1870, ou sous l'occupation allemande entre 1940 et 1944.

La Constitution de 1958 a entériné ces mesures, en autorisant deux types d'ordonnances.

1. L'article 38 permet au Gouvernement, sur autorisation du Parlement (par une loi d'habilitation), de prendre des ordonnances dans des domaines qui sont normalement **réservés à la loi** par l'article 34. Si elles sont ratifiées par le Parlement (par une loi de ratification), ces ordonnances prennent valeur de loi.

UNJF - Tous droits réservés

> ***Remarque***
> La multiplication de ces ordonnances, dans des domaines les plus variés, est aujourd'hui critiquée comme la marque d'une sujétion du pouvoir législatif au pouvoir exécutif.

> ***Exemple***
> L' ordonnance du 4 juillet 2005 réforme assez profondément le droit de la filiation, qui fait partie de l'état des personnes, et entre à ce titre dans la compétence exclusive du Parlement (art. 34 de la Constitution). Pourtant aucune urgence, ni aucun empêchement législatif ne justifiait particulièrement que l'on contourne la procédure normale. D'ailleurs, la loi de ratification est intervenue... le 16 janvier 2009 ! et porte elle-même de nombreuses modifications de l'ordonnance de 2005.

2. **A titre exceptionnel** : l'article 16 de la Constitution permet au Président de la République de prendre par ordonnances toutes les mesures **urgentes** lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux sont menacés.

> ***Exemple***
> Charles de Gaulle a fait usage de ces pouvoirs pendant la Guerre d'Algérie, entre avril et décembre 1961, après le *Putsch des Généraux*.

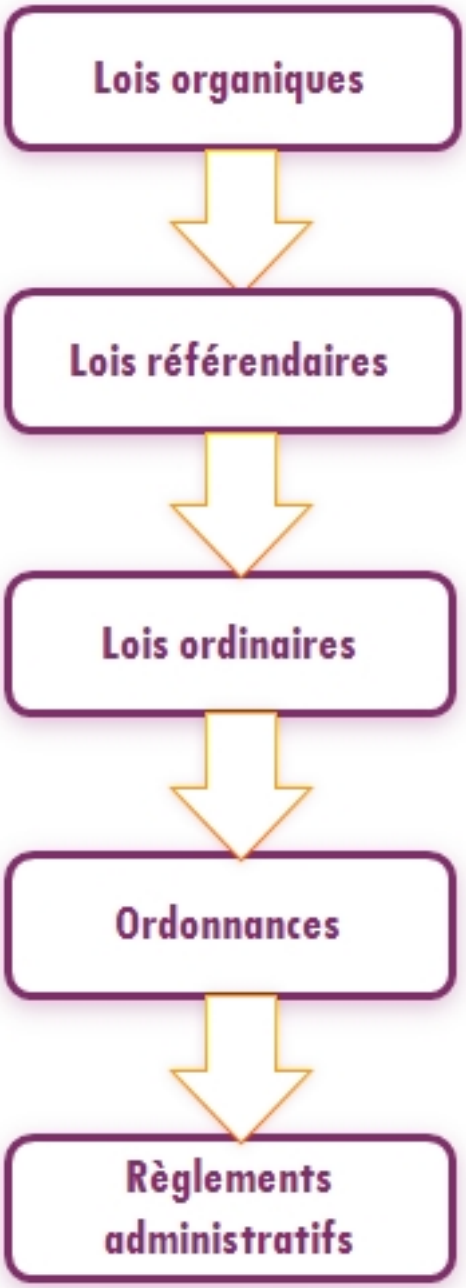
E. Les règlements administratifs

On sait maintenant que l'article 34 de la Constitution fixe les domaines réservés à la loi. **L'article 37** prévoit pour sa part que **tout ce qui n'est pas de la compétence de la loi** est de la compétence du **pouvoir réglementaire**.

On peut distinguer les actes administratifs selon l'autorité dont ils émanent :

- La Constitution de 1958 attribue le pouvoir réglementaire au **Président de la République** et au **Premier ministre** (voir art. 13 et 21). L'exercice de ce pouvoir s'effectue par voie de **décret.**
  Il existe deux types de décrets :
  - Les décrets sont **individuels** lorsqu'ils concernent une ou plusieurs personnes nominativement désignées (par ex. nomination d'un fonctionnaire). Il manque à ces textes le caractère de généralité et d'abstraction qui font les règles de droit. Ils ne retiendront pas notre attention.
  - Certains décrets formulent au contraire des dispositions générales. On les appelle des **décrets réglementaires**, qui peuvent être considérées comme des **lois**, au sens matériel du terme, puisqu'ils présentent les caractères de généralité et d'abstraction requis.
- Dans le cadre de leurs attributions, **ministres, préfets et maires** exercent aussi un pouvoir réglementaire : ils le font par voie *d'arrêté* (on parlera d'arrêté ministériel, préfectoral, municipal).
  On peut aussi distinguer les règlements en fonction de leur objet :
  - **Les règlements pris pour l'exécution des lois** : comme leur nom l'indique, ces règlements ont pour objet de préciser certains détails permettant l'exécution d'une loi. Ils sont donc pris dans un **domaine réservé** à la loi par l'article 34 de la Constitution.
    Ces règlements sont directement **subordonnés** aux lois dont ils permettent l'exécution, et ne peuvent comporter aucune disposition qui leur soit contraire.
  - **Les règlements autonomes** : contrairement aux premiers, ces règlements ne dépendent pas d'une loi préexistante. Ils sont dits autonomes parce qu'ils sont pris dans les domaines qui sont réservés au pouvoir exécutif par **l'article 37** de la Constitution. Ils ne sont donc pas directement soumis à la loi, mais ils restent des normes de valeur inférieure à la Constitution, aux textes internationaux, et aux principes généraux du droit, et ne peuvent contredire ces normes supérieures.

UNJF - Tous droits réservés



Qu'elles émanent d'autorités internes ou internationales, les sources du droit écrit français sont très nombreuses et variées. L'une des difficultés posées par cette diversité est relative au règlement des conflits pouvant survenir entre différentes normes contradictoires.

Cela fera l'objet d'une quatrième leçon.

UNJF - Tous droits réservés