

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Faculté de Droit - Licence 1

# Introduction au Droit

Transcriptions du cours de Th. Revet

F.L  
2007-2008

## Table des matières

### Leçon I : La notion de droit

1. Définition.....	8
2. Les caractères du droit .....	9
3. Droit et morale .....	9
a) Les convergences entre droit et morale .....	9
b) Les différences .....	10
c) L'obligation naturelle.....	11
4. Droit et autres instruments de régulation sociale .....	11
a) La pluralité des systèmes de régulation.....	11
b) Comment ces systèmes cohabitent ils ?.....	12
Systemes juridiques .....	13
a) Les grandes méthodes à l'œuvre : la qualification et l'interprétation .....	13
5. Droits objectifs et droits subjectifs .....	14
6. Les branches du droit .....	14
7. Sciences auxiliaires du droit .....	17
a) Les Sciences sociales .....	17
α) La sociologie.....	18
β) L'économie .....	18
b) Les sciences humaines .....	18
α) L'histoire .....	18
β) La philosophie du droit .....	18

### Leçon II : Les sources du droit (A)

1. Notion de source du droit.....	20
La notion de L'équité aux sources du droit .....	21
2. Le droit écrit .....	22
3. La constitution.....	23
4. Les traités .....	23
5. Le droit de l'Union Européenne .....	25
6. La loi .....	26
I. La loi ordinaire.....	26
A. Son domaine.....	26
B. Son existence.....	27
II. Les lois particulières.....	30
7. Les règlements.....	31
I. Les Règlements ordinaires.....	31

A. Les Décrets .....	31
B. Les arrêtés .....	32
C. Les circulaires.....	32
II. Les règlements extraordinaires .....	32
A. Les ordonnances .....	33
B. Les décisions de l'art.16 de la Constitution .....	33
8. La Codification .....	34
La codification compilation .....	34
La codification réformation .....	35

**Leçon III : Les sources du droit (B)**

1. Le droit jurisprudentiel .....	37
Notion.....	37
a) Une source de droit particulière .....	37
b) Le jugement est il source vraie ?.....	38
2. Le procès.....	39
I. L'action en justice .....	39
A. Les conditions d'action en justice .....	39
B. L'action de la justice.....	40
II. L'action de la justice.....	41
3. Les juridictions .....	43
I. Les juridictions internes .....	43
A. L'ordre juridictionnel judiciaire.....	43
II. L'ordre juridictionnel administratif.....	46
A. Les organes.....	46
B. Les actions.....	47
III. La juridiction constitutionnelle.....	47
IV. L'ordre juridictionnel politique.....	48
V. Les juridictions supranationales.....	48

**Leçon IV : Les sources du droit (C)**

1. Les principes.....	49
I. Typologie des principes .....	49
II. L'autorité des principes .....	51
2. Le droit coutumier.....	51
I. La formation du droit coutumier.....	52
A. Un comportement .....	52

B. La conviction .....	52
II. La situation du droit coutumier dans le système juridique français contemporain .....	52
3. Le droit consultatif .....	53
4. Le droit savant .....	54
I. Le statut formel.....	54
II. Le statut réel .....	54

**Leçon V : Les conflits de sources**

1. Notion .....	55
2. Les conflits entre les différents types de sources .....	55
I. Le principe du règlement hiérarchique .....	55
II. La mise en œuvre de la hiérarchie .....	56
3. Les conflits au sein des mêmes sources du droit.....	57
I. Le principe de la spéciale emporte sur le général.....	57
II. Les solutions .....	57
Premier principe : application directe de la loi nouvelle.....	58
Deuxième principe : La loi n'a pas d'effets rétroactifs .....	58
4. Les conflits de sources dans l'espace.....	59

**Leçon VI : Les droits subjectifs (A)**

1. Définition.....	61
Section 1 : Les éléments du droit subjectif.....	61
I. Les éléments constitutifs.....	61
II. Eléments d'imputation.....	62
Section 2 La spécificité des droits subjectifs .....	62
I. Droits subjectifs et liberté .....	62
II. Droits subjectifs et action en justice .....	62
III. Les droits subjectifs et les droits dits sociaux .....	63
Section 3 : Typologie des droits subjectifs .....	63
I. Le droit subjectif fondamental : le droit de propriété.....	63
II. Les autres droits subjectifs.....	63
III. Les droits de propriété particuliers.....	64
A. Les droits intellectuels .....	64
B. Les droits de la personnalité .....	64
C. Droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux .....	64
2. La création des droits subjectifs .....	64
I. La création volontaire du droit subjectif .....	64

II. Involontaire .....	65
III. L'origine légale, la création légale .....	65
3. L'extinction des droits subjectifs .....	65
I. L'extinction consécutive à la réalisation .....	65
II. Indépendante de la réalisation .....	65
A. La volonté .....	65
B. La prescription .....	65
4. Exécution des droits subjectifs .....	66
I. Les moyens de pression .....	66
II. Les voies de contraintes .....	66
A. L'exécution en nature .....	66
B. L'exécution par équivalent .....	66

### **Leçon VII : Les droits subjectifs (B)**

1. La preuve .....	67
2. La charge de la preuve .....	67
I. Principes .....	67
II. Atténuation .....	68
III. Les exceptions .....	68
3. Les modes de preuve .....	68
I. Le contenu des modes de preuve .....	68
A. La preuve préconstituée .....	68
B. La preuve a posteriori .....	69
II. Le support .....	69
L'acte sous seing .....	69
La preuve littéraire .....	70
Les preuves supérieures .....	70
4. Le domaine des modes de preuve .....	72
I. La preuve des faits juridiques .....	72
II. Les actes, les <i>negotium</i> .....	72
A. Principes .....	72
B. Les exceptions .....	72

### **Leçon VIII : La personnalité juridique**

1. Notion et typologie .....	74
2. Acquisition de la personnalité juridique .....	75
I. Les acquisitions par naissance .....	75
A. Notion de naissance .....	75

B. La naissance de la personne morale .....	75
II. L'acquisition de la personne indépendamment de la naissance (avant la naissance) .....	75
III. Acquisition de la personne après la naissance .....	75
3. L'extinction .....	76
I. Le décès .....	76
A. Décès prouvé .....	76
B. Décès présumé .....	77
II. Les personnes morales .....	78
a) Les causes naturelles .....	78
b) La dissolution juridique .....	78
c) Les effets de la dissolution .....	79
4. Le pouvoir de la personne juridique .....	79

### **Leçon IX : Le patrimoine**

1. Notion .....	81
2. L'acquisition du patrimoine .....	83
3. Le fonctionnement .....	83
4. La transmission .....	83
A. La transmission du patrimoine général .....	83
B. La transmission du patrimoine d'affectation .....	84

### **Leçons X & XI : Les incapacités**

### **Leçons XII & XIII : La personne humaine**

1. Notion .....	87
2. La théorie générale des droits de la personnalité .....	87
A. La théorie classique des droits de la personnalité .....	87
B. La théorie moderne .....	87
3. Le corps humain .....	88
I. La nature juridique du corps .....	88
A. La notion du corps .....	88
B. La qualification juridique du corps humain .....	88
II. Le pouvoir de jouissance du corps .....	89
A. Le principe d'inviolabilité du corps humain .....	89
B. Les utilités corporelles .....	89
4. L'image et la voix .....	91
I. La nature juridique .....	91
a) L'image .....	91

b) La voix .....	91
II. Le régime juridique .....	92
5. La vie .....	92
I. La vie privée .....	92
a) Qu'est ce que la vie privée ?.....	92
b) Le régime.....	93
II. Le domicile .....	93

# Leçon I : La notion de droit

---

## 1. Définition

Il n'y aura jamais une définition du droit telle une loi physique. Le droit est une science sociale, i.e. une science qui a pour objet la société, qui est en vérité n'est même pas une science, parce que l'approche du droit ne peut pas décentement être ramené au canon des sciences dures. Nous vivons sous le jour des sciences dures qui ont pris le pouvoir. Qu'il n'y ait pas de définition du droit n'est pas un drame car cela n'empêche à personne de savoir assez rapidement où est le droit, quand y'a-t-il du droit, quand cesse-t-il. Les Romains disaient que c'était que dans les cas limites qu'on comprenait le noyau. Il y a toujours un contre exemple pour venir relativiser une définition du droit. Mais, dans la vie, on n'est pas du tout dans les problèmes d'incertitude de la matière. Pourquoi y'a-t-il des discussions sur la définition du droit ? Il y a des problèmes de frontière.

Deux présentations du droit sont possibles :

- Le droit est un **ensemble de prescriptions obligatoires à finalité sociale édictées et sanctionnées par un pouvoir**. On trouve des prescriptions dans différentes disciplines. Il y a des prescriptions morales, des prescriptions religieuses ou encore des prescriptions sociales. Mais ce qui fait qu'une prescription est juridique sont les autres éléments. Certes son caractère obligatoire donne un peu l'impression de redondance. La finalité sociale est là pour rappeler la conceptualité du droit aux phénomènes sociaux : là où il y a une société, il y a du droit et réciproquement. Le droit a pour objet d'organiser et de conserver les sociétés humaines telles qu'elles se structurent et se développent dans le temps et dans l'espace. Bien sûr, la conservation ne joue que dans une certaine mesure car si le rôle conservateur du droit est repoussé à l'extrême, il n'y aurait jamais eu de progrès social. Mais avant, le droit inévitablement maintient les structures dans l'ordre social qui s'est établi par lui. Maintenir ce n'est pas resté figé, c'est permettre à des principes, à des institutions d'évoluer. Il reste qu'il est dans la nature du droit d'être conservateur. En effet, le droit dit ce qui doit être, il y a la prescription, i.e. décrire la réalité telle qu'elle doit être. Aucune évolution, aucune ouverture n'est laissée dans cette formule. La loi, la règle de droit se présente comme immuable car il en va de son autorité. Le droit doit être inflexible, dure. Le droit dit que ce qui est demain est l'anticipation, i.e. maîtriser l'avenir, c'est en quoi il remplit son rôle social car il permet à l'homme de s'organiser en prévoyant. C'est dans la nature humaine d'avoir la volonté de maîtriser l'avenir. Par le droit, par l'organisation, par la société, on refoule l'échéance de l'ultime fatal qui nous hante.
- Le droit, c'est aussi un **ensemble de méthodes permettant de produire, d'interpréter et d'appliquer les prescriptions obligatoires**. On n'a pas suffisamment présenté le droit quand ce mot là fait état d'un ensemble de règles qui y habitent. Parce qu'il y a tout autant l'ensemble des méthodes qui sont promptes à ces décisions et qui permettent de fabriquer des règles. Quiconque peut les fabriquer, les interpréter et les appliquer. Les règles, ce sont des propositions qui ne se suffisent jamais à elles-mêmes. Il faut en effet compléter la règle d'un ensemble qui seules permettront d'examiner les actions individuelles. Le droit n'existe que dans la perspective de sa réalisation. Le droit, c'est l'activité. Comment passe-t-on d'un discours abstrait à un acte concret ? Quand on étudie le droit on doit avoir dans l'esprit, étudier des règles produites par un législateur, par un juge. On étudie toutes les modalités de productions, de réception et d'officialisation de ces règles. Une fois que l'on a



cette base, si on ne connaît pas toutes les méthodes d'interprétation et de mise en œuvre, il manque la partie essentielle du droit. Le droit, les règles n'ont de sens quand elles sont appliquées. Son application suppose une série de mécanismes intellectuels qui font partie du système.

Il y a bien cette double dimension.

## 2. Les caractères du droit

Ils sont de 3 ordres :

D'abord et surtout, le droit est **prescriptif**. Il ordonne, i.e. il adresse une injonction à un destinataire. Il n'y a pas de droit sans destinataire. Les destinataires sont les sujets de droit. Des auteurs disent que le droit est déontique, i.e. que le droit dicte les comportements soit activement (faire) soit passivement (ne pas faire). Ce qui est vrai dans 80 à 90% des cas.

Mais si l'on prend par exemple l'art. 516 c.civ qui dispose : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles.* », c'est une règle de droit. Mais ce n'est pas une prescription déontique. Il dit que ce qui est, c'est une prescription d'état.

Il y a les prescriptions d'actions et les prescriptions d'état. Certes, les prescriptions d'état débouchent toujours par une prescription d'action.

Le droit est **extérieur et contraignant**. Le droit contraint, il oblige de l'extérieur ce qui distingue le droit de la prescription, de la source, de la morale (règles de consciences). Les règles morales, on peut se les imposer directement de l'intérieur, qui ne nous semble pas étrangères. C'est une force qui est distincte. Sans extériorité, sans contrainte une règle n'est pas juridique.

Le droit est **discursif et abstrait**. Le droit dans sa nature c'est un discours et ça n'est que discours. Si une personne est victime ou destinataire d'un avis d'expulsion, or se faire expulser n'est pas souhaitable, on assistera *in concreto* à un affrontement physique. Ceci dans notre Etat aura été possible que si les procédures ont été respectées et au bout duquel la loi dit qu'on pourra utiliser la force publique. Mais la force publique qui réalise ce droit le plus concret, i.e. ça n'est qu'une décision. Le droit a aucune dimension matérielle, concrète. Il est immatériel, intellectuel, c'est la parole. Il n'y a que de l'esprit. Le droit est indispensable à la vie en société. Ce que l'on voit dans la vie quotidienne ne sont que les effets du droit.

## 3. Droit et morale

La morale est un **ensemble de prescriptions à finalité sociale directement fondée sur un système donné de valeurs**. Cette présentation révèle qu'il existe des liens entre les règles de droits et les règles morales.

### a) Les convergences entre droit et morale

Comme le droit, la morale est prescriptive.

Ex : « Tu ne tueras point. » « Tu ne voleras point. »

Ce ne sont pas des prescriptions. Ces prescriptions ont une fonction sociale évidente, i.e. interdire un certain nombre de comportements préjudiciables à autrui. Ça n'est pas vraiment discutable. Certains pensent que la morale aurait comme finalité exclusive le perfectionnement individuel. La

dimension de perfectionnement est plus présente puisque la source de morale est dans les valeurs, i.e. la conception du bien et du mal. Des prescriptions extérieures et la finalité sociale les rapprochent. Le droit puise comme la morale dans les valeurs sociales.

Ex : Non assistance à personne en danger.

Celui qui peut et empêche pêche.

Donc, on ne doit pas opposer l'un à l'autre. Les influences respectives rapprochent règles de droit et règles morales.

## b) Les différences

Ce qui les distingue essentiellement est que contrairement à la morale est que le droit ne puise pas seulement dans les valeurs et n'entend pas seulement faire du bien et du mal la clé unique de l'organisation sociale. Le droit a d'autres sources fondamentales.

Il y a des exigences économiques qui peuvent heurter les exigences morales. Est-il juste de fixer à tel niveau le salaire minimum ? D'un point de vue à un autre, cela sera différent. Celui qui a occupé utilement la chose pendant 30 ans (prescription acquisitive), on donne la propriété. Où est la morale ? Même en étant de mauvaise foi, il devient propriétaire. Une sécurité juridique et économique fonde ceci. Le droit arbitre au sein d'un certain nombre de contraintes sociales parmi lesquels, la morale n'est qu'un élément.

Si j'achète 100 l'automobile alors qu'il vaut 70. L'art. 1118 c.civ. Qui dispose : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.* » Il y a de la morale dans le droit mais il n'y a pas que de la morale, ce n'est qu'un élément. Dans nos sociétés laïcisées, sécurisées, nous avons décidé de distinguer la religion du droit.

Dans une société islamique, le droit, la morale, la religion sont totalement confondus. Il y a un système de définition qui ne s'appellera pas droit ou morale et qui mettra toute la morale dans le droit. Contrairement au droit, la morale n'est pas susceptible d'être sanctionnée par la force. Dire que les règles de droit ne sont pas assorties d'une sanction serait sans doute excessif. Il y a des formes de sanctions qui assortissent les règles morales comme la réprobation sociale, l'exclusion. La sanction c'est l'imputation négative d'un comportement qui s'impose à un autre.

La mauvaise conscience est elle une sanction au sens de la théorie générale des prescriptions ? Probablement pas parce qu'il n'y a pas d'extériorité. Ce n'est pas parce que je me flagelle, que je me meurtris que je me punis. La mauvaise conscience, qui est une forme d'action de la morale, est loin des prescriptions. En rappelant qu'il y a plus d'autonomie dans la morale que dans le droit. Certes il n'y a pas que l'autonomie. Fondamentalement, une morale n'est pas domestique.

La morale a des sanctions mais il n'y a pas la contrainte directe, physique, la force. Potentiellement toute transgression d'une règle de loi peut conduire à la soumission à la force publique. Rien de tel ne se rencontre dans la morale. La force publique est dans le monopole du droit.

Les règles strictement morales. La violence privée, la justice privée, la force privée sont incompatibles avec le droit tel qu'ils sont conçus dans notre société. Donc la morale et le droit se croisent, se rencontrent mais ne se confondent pas et restent différents. Il arrive dans une certaine mesure que le droit provoque la morale qui organise une certaine coordination avec la morale.

Ex : Art.6 c.civ : « On ne peut par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Cet article de loi est un texte fondateur du droit civil contemporain qui couvre la définition complexe des bonnes mœurs sans renier à la morale. Pendant très longtemps, on a déclaré nuls des contrats qui portaient atteinte aux bonnes mœurs. Mais seulement si elle a une cause, si elle a un mobile licites comme les bonnes mœurs (adultère, ...). La morale complète la règle de droit, elle joue un rôle *praeter legem* (complète la loi).

### c) L'obligation naturelle

C'est la **situation par laquelle, une obligation juridique atteinte d'un vice quelconque est exécutée volontairement malgré ce vice**. L'exécution volontaire d'une obligation civile viciée va la transformer en une obligation juridique différente qu'on appellera obligation naturelle. Autrement dit, dès lors que leur conscience exécute une obligation juridique viciée on lui donne l'autorité, la juridicité qui lui faisait défaut. Le devoir d'allégeance va effacer le vice.

Ex : Prescription acquisitive.

Les actions en justice, i.e. les possibilités d'un juge d'appliquer le droit, est écartée. En effet, on ne peut pas accepter que les procès puissent avoir lieu trop longtemps après les motifs qui l'a fait naître. Au bout d'un certain temps, on écrase la possibilité d'un recours en justice.

L'art. 1235 c.civ dispose : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

*La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »*

C'est un exemple de collaboration entre le droit et la morale.

## 4. Droit et autres instruments de régulation sociale

Une société s'organise, elle se régule par le droit et par les autres instruments. La morale en est un, la religion en est un autre, les relations d'affection, d'amitié sont évidemment d'un point de vue sociologique et juridique un autre instrument de régulation. Les règles dites sociales sont une régulation (la politesse, les règles de bienséance, etc.). Les règles du jeu sont une prescription (mais pas juridique).

### a) La pluralité des systèmes de régulation.

Aucune société ne possède un seul système de régulation. Mais ce qui n'est pas constant c'est la part respective des instruments de régulation. En général, les relations dans les sociétés peu formalisées sont des sociétés très collectives. A l'inverse, les sociétés très formalisées sont des sociétés très individualistes. En effet, plus on intègre l'individu est dans le groupe moins on a besoin de règles de droit parce que l'individu est absorbé, il est confondu avec le groupe. Donc, dans l'espace et le temps, la part effective des systèmes varie mais il y a toujours une pluralité des systèmes.

Mais, il y a aussi des systèmes de type non étatique qui ne sont pas édictés par le pouvoir de l'Etat. Par exemple dans les groupements particuliers comme les syndicats, les associations, il y a une production de droit. Ils sont à la fois différents du système étatique et impliqués parce que pour le système étatique il n'y a que des volontés individuelles qui agissent par contrat, il y a aussi un

règlement intérieur. Ces règles fonctionnent dans un monde clos. Ce droit fonctionne dans un milieu qui est relativement clos.

La régulation sociale se fait par les règles non juridiques. Par exemple, dans le phénomène religieux, le droit français doit beaucoup aux valeurs chrétiennes.

### **b) Comment ces systèmes cohabitent ils ?**

Le principe est que chaque système de régulation est compétent dans le champ qui est le sien. Soit les systèmes en mettent l'évidence (amitié régulée par l'affection). Donc, il y a un domaine propre. qui fait qu'a priori les systèmes ne sont amenés à se rencontrer.

Mais le droit français est un droit laïc, i.e. un droit qui s'est affranchi tous les systèmes transcendantales. Dans l'ancien temps, le droit c'est l'effet que l'expression juridique est basée sur l'existence officielle d'une divinité. La philosophie des Lumières consistait à séparer le système juridique de ses sources transcendantales. On a renvoyé la religion à un domaine où l'on considère qu'elle ne peut pas être le droit.

Donc, le principe est que chaque système de régulation a un champ propre. Pour l'Etat ou pour un système de régulation autre que le droit étatique, le système étatique prime. Si une règle de l'entreprise contredit une règle édictée par la religion, les juges prononcera sa nullité. Encore que l'Etat ne s'est pas mêlé de dire aux catholiques car ce serait aller trop loin et que cela pouvait atteindre au principe de laïcité.

On parle du système juridique français pour désigner l'ensemble de prescriptions juridiques édictées et sanctionnées par l'Etat ainsi que l'ensemble des méthodes de la défense, ses réflexions, ses interprétations, et ses applications. Il n'y a pas qu'un seul système juridique mais il y a au contraire une pluralité des systèmes juridiques puisque à une chose près dans le système politique modèle d'Etat Nation il y a autant de systèmes juridiques que de Nations. Certains petits Etats développent un droit qui est éloigné, ont un droit primitif, un droit coutumier, tribal même s'ils ont un système juridique qui est tout à fait comparable au nôtre.

La question, la problématique du système est importante quand il y a un foisonnement de cette prescription, i.e. une pluralité d'édition du droit. Comment se fabrique le droit ? Il y a une multiplicité de sources actives du droit qui produisent des types de normes et qui posent entre elles les causes d'application.

Les Etats et les systèmes étatiques sont loin d'être les seuls. L'entreprise, chaque entreprise est dans une certaine mesure un ordre juridique, i.e. un ensemble organisé de prescriptions. Et tous les groupements du même type comme les associations, les sociétés, les partis politiques sont un ordre juridique. Donc, il y a des systèmes juridiques intra étatique mais il y a rien des systèmes juridiques suprêmes, c'est sans doute le fait marquant de l'époque moderne. Il est certain que l'un des phénomènes les plus présents est la construction d'une échelle de valeur au niveau de la planète. Autrement dit, l'émergence d'un ensemble de prescriptions mondial, d'un ordre juridique mondial. A côté de cela, il y a des ordres juridiques supranationaux, infra planétaires comme l'Union Européenne. L'UE c'est un système juridique qui s'est constitué entre Etats mis en place par un traité.

Un système international classique, i.e. supérieur aux Etats n'est pas intégré. Il peut intégrer au cas par cas les normes supranationales.

L'art. 55 de la Constitution dispose : « *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.* »

Le système européen ne suppose pas pour les nouvelles règles qui sont performantes, une ratification. Chaque nouvelle règle européenne prend immédiatement sa place sur tous les territoires des Etats membres. Cette place prime les lois locales. Cela s'appelle un système intégré, i.e. qui n'est pas séparé de chaque système juridique national. Le but de l'UE est de dépasser l'Etat Nation.

Les valeurs qui présidèrent un système juridique national ne peuvent pas être dans un système supranational. A l'échelle supranationale, une synergie s'opère entre les cultures via le droit communautaire. Les méthodes et ses interprétations sont différentes d'un système à un autre.

Aujourd'hui il devient important de connaître les systèmes juridiques des différents pays. Les valeurs, les mouvements viennent des systèmes supranationaux. Se préparer à être un juriste performant, c'est se préparer à connaître les valeurs. La culture anglo-saxonne est dominante.

## Systèmes juridiques

### a) Les grandes méthodes à l'œuvre : la qualification et l'interprétation

L'activité juridique commence par une opération élémentaire que l'on appelle la qualification. Qualifier c'est **donner à un fait social, matériel, non juridique à un fait brut un titre correspondant à une catégorie juridique**, i.e. un acte de réception juridique d'un fait.

Exemple : Deux personnes sont en conflits parce que l'une d'elle doit 1000 € à l'autre parce que l'autre a franchi son terrain en reculant sa barrière métallique.

En droit, on ne peut pas dire « M. X, né en XXXX à X a ... ». Que faire ? On va chercher à faire recevoir cette histoire dans le droit.

Le droit est discursif. Pourtant, qualifier, c'est arranger un discours en retenant les faits, les réponses juridiques, en nommant les faits avec le vocabulaire juridique correspondant. Ainsi, dans cette histoire, ce que l'on retiendra, c'est que la personne a déplacé la barrière.

1<sup>ère</sup> étape : La qualification des faits

Pour qualifier, il faut disposer d'une série de concepts et il faut conduire l'opération intellectuelle parmi les concepts. Qualifier, c'est repérer les concepts et en choisir un. Quand on choisit, on explique et ses éléments de proximité. On analyse la situation actuelle et ce qui est en relation avec la situation. Repérer une situation se fait à partir de définitions et de critères de même que pour les concepts.

2<sup>ème</sup> étape : L'opération d'interprétation

Au départ, il y a les prescriptions juridiques au moment où je pose un nouveau problème. Ce sont toutes les lois en vigueur, tous les principes et tous les jugements précédents. Le droit est l'instrument de base dans notre système. Les principes sont là pour éclairer et pour compléter les vides d'une loi. Les jugements sont là pour expliquer comment une affaire à peu près similaire a été résolu et l'application de la loi.

Juger, c'est analyser la situation, interpréter la règle, de la compléter pour s'approcher de la réalité. L'activité du juriste est de qualifier et d'interpréter.

Systemes juridiques

De la même manière qu'il existe des systèmes de rencontre entre les systèmes juridiques. (voir leçon 5). Est-ce qu'un traité va l'emporter sur une loi ? Etc.

## 5. Droits objectifs et droits subjectifs

Le droit objectif est une formule qui désigne les prescriptions juridiques (lois, etc.).

Les droits subjectifs sont l'ensemble des prérogatives attribuées aux sujets de droit, reliées à une personne établie. Les sujets de droit ont la caractéristique de pouvoir invoquer des prescriptions.

Exemple : Art.544 c.civ qui définit la propriété dispose : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* »

C'est une règle législative, c'est une prescription générale. Elle relève du droit objectif. Mais dans le cadre où Pierre Martin par exemple, a une caravane à Saint-Ouen, il s'agit là d'un droit subjectif.

Il n'existe pas de droit subjectif sans prévision au préalable d'une règle de droit. Dans cette exemple, c'est parce que cette règle existe qu'elle va créer du droit subjectif.

Il y a donc une hiérarchie entre les droits subjectifs et le droit objectif.

## 6. Les branches du droit

Le droit, c'est un ensemble qui doit demeurer comme tel. Autrement dit, la distinction et les divisions ne sont pas des divisions matérielles du droit. Ce ne sont que des divisions académiques. En effet, il faut procéder par étape. On a pris l'habitude de découpages internes. Un jour, on sera un spécialiste du droit des affaires, du droit des biens, des personnes. On s'affichera spécialiste. Mais il ne faut pas oublier que le droit est indivisible, que tout se tient et que à découper les questions juridiques en disciplines, on finit par se passer de l'essentiel. Se rétrécir le champ de vision est de n'avoir la réponse, est de connaître une question un problème. Pour ce faire, il faut ne pas trop vite se spécialiser et choisir les cursus les plus généraux.

Quelles sont les disciplines ?

On a divisé les règles et les ensembles juridiques en sous catégories dont la plus générale est celle qui oppose le droit public au droit privé. Ceci étant, aujourd'hui ce n'est plus la distinction de base. Le grand clivage est désormais le droit interne au droit international.

Dans le droit international, quel est le critère du droit international ? Il rassemble règles et méthodes relatives à des relations dans lesquelles les protagonistes ou les intérêts se rattachent à des systèmes juridiques différents. Le droit international ou plutôt la dimension international du droit va donc rassembler les règles qui d'abord permettent de coexister les systèmes juridiques entre eux. Il faut résoudre la question de cette concurrence. En effet, il est à priori extrêmement délicat de faire jouer plusieurs systèmes juridiques. Il faut choisir un système juridique. C'est la discipline du droit, qu'on dénomme le droit international. Le droit international privé a pour objet de résoudre les

conflits de lois ou de juridictions. Par exemple, un grec épouse une portugaise, qui régie le mariage ? Il faut résoudre les conflits de droit ? Quel est le juge qui va connaître le litige ? Le droit international public se préoccupe de toutes les relations entre les Etats à l'échelle internationale, i.e. entre Etats, les échanges, les accords, les conflits, le droit de la guerre, le droit des traités internationaux, le droit des organisations internationales.

Toujours au sein des disciplines, on trouve le droit communautaire, ou le droit de l'Union Européenne, c'est le droit d'un système international mais intégré dans les systèmes internationaux. C'est l'originalité de l'UE. En effet, elle est entre une relation interétatique et d'intégration comme les Etats fédéraux où il y a un premier niveau d'organisation étatique qui sont en tant qu'Etat concédé une partie de leurs prérogatives comme la politique étrangère. L'UE elle participe d'une structure étatique de ce type mais pas encore aboutie. Du coup, pour le moment, elle laisse une place plus importante aux Etats traditionnels. Elle ne s'affiche pas comme un Etat fédéral. Le droit communautaire, il est entre les deux, ce n'est pas un droit international ni complètement un droit intégré.

Le droit comparé.

Elle est bizarre car il n'y a pas un droit qui soit comparé, c'est en fait la comparaison des droits, c'est une sous discipline du droit. Elle est peu répandue en France. Mais elle n'est pas complètement inexistante. En effet, on a toujours profondément besoin de connaître, de s'inspirer des pays étrangers surtout dans un monde où les cultures se rapprochent. Il est important pour les activités économiques de connaître les droits étrangers. Elle est extrêmement exigeante car observer une législation, c'est aussi passer la barrière de la langue. On peut avoir néanmoins avoir une vision fautive. Il ne se perçoit que si on a une vision minimale de la culture. Faire de la comparaison des droits suppose un effort que peu arrivent. On fait de la comparaison très sommaire pour montrer qu'on est ouvert. Ceci explique la faiblesse du droit français. En effet, le droit français était une culture de référence mais ceci grâce à son ouverture.

Aujourd'hui à côté de l'intégration de l'UE, il y a un exercice de comparaison des droits. Au départ, l'UE était une communauté économique. Mais le droit pénal, mais le droit de la famille ou des affaires n'est pas de la compétence de l'UE. Les différences de *common law*, *civil law*, *germano-romain*. Il faut s'intéresser au rapprochement des systèmes juridiques. Par des initiatives, on essaie de faire un droit des affaires européen à mi chemin entre droit germano-romain, anglo-saxon.

La dimension interne du droit

Le droit public et le droit privé.

Avec le rétablissement du pouvoir royal pour se retrouver à l'époque moderne avec la figure du Contrat social. Le droit commun, c'est le droit commun et le droit privé c'est le droit commun, c'est une relation entre individus. Mais naturellement, il y a une dimension plus verticale du droit c'est la relation entre les particuliers et la puissance publique, ils rassemblent, les règles et les méthodes qui organisent les pouvoirs publics et qui régissent les relations entre les pouvoirs publics. Les individus sont vus soit comme citoyens soit comme administrés.

Le droit qui organise les pouvoirs public, c'est le droit constitutionnel (Constitution, les actes émanant de la constitution, conseil constitutionnel).

Le droit administratif est celui qui organise les relations entre pouvoirs publics et administrés. C'est un domaine riche car l'action publique s'est considérablement développée lors du XXème siècle au

fur et à mesure qu'on a élargi la compétence de l'Etat. Dans l'Etat classique, la fonction était régaliennne, i.e. sécurité intérieure, monnaie et justice. Puis, la généralisation de l'éducation, l'enseignement devient dans le champ de l'Etat. Puis, la santé. Puis, les loisirs, l'environnement, la culture, les relations sociales, la PAC, les organisations professionnelles. Il y a un élargissement considérable du domaine de l'administration. Le droit administratif a évolué aussi de l'intérieur. L'administré était un sujet de l'action. Parce que c'était l'Etat, le pouvoir de la puissance publique était exorbitant du droit commun. On ne pouvait jamais sauf pour faute lourde remettre en cause l'Etat. Ce droit s'est profondément fabriqué par la justice administrative. Au début du XIXème siècle, il y en avait plus. Apres avec le Conseil d'Etat, il y a énormément de règles devenant loi. Mais la jurisprudence reste très active.

Une nouvelle branche du droit se développe aujourd'hui, c'est le droit des étrangers. Même si ce ne sont pas des citoyens, des administrés. 2 facteurs ont contribué à son développement, la régulation juridique et la multiplication des échanges et la prise en compte de plus en plus marqué, si un étranger sur un territoire national. Avec l'internalisation des échanges, il y a un fond commun attaché au droit de l'homme. Droit au recours, droit au regroupement familial.

On pourrait se demander si le droit pénal n'est pas du droit public.

Le droit privé, c'est le droit commun. Au sein des relations de bases, il y a une kyrielle de discipline, il y a le droit civil et les autres branches du droit privé. Le droit civil est le droit qui s'intéresse aux relations entre les individus dans leurs organisations fondamentales et dans leur dimension personnelle et familiale. Cela veut dire que le droit civil est un droit commun et un droit spécial. Qui est sujet de droit ? Quelles sont les relations ? Quelles sont les grands effets attachés à la qualité de sujet ? Quand peut-on priver une personne à cause de sa situation physique ?

On trouve des développements particuliers qui vont en faire une discipline spécialisée. Le statut de la personne et notamment les pouvoir de la personne sur elle-même (image, sexe, domicile), le statut de la personne, le sort du corps de la personne.

L'autre aspect est les relations familiales, conjugales, extra conjugales, de filiation. Comme le PACS, le mariage. Même si il y a d'autres disciplines. Et peut-on donner ses biens à titre gratuit ? Libéralités, donations. Au titre des grands mécanismes généraux, toutes les règles générales en matière de propriété. (Acquisition transfert, extinction). C'est une discipline qui rassemble un droit général et un droit spécialisé. On l'oppose donc aux disciplines qui ne sont que spécialisées, dans leur objet dans leur sujet comme le droit intellectuel.

Naturellement elle se situe au droit privé, elle doit se positionner au droit civil. Tout se tient en droit. Il faut savoir se spécialiser mais ne pas oublier les grands principes.

Quelles sont les autres disciplines ?

Il existe des disciplines qui s'adressent à une catégorie de population comme le droit du travail. Comme les conventions collectives, le règlement intérieur de l'entreprise.

Le droit commercial

Le droit rural

Le droit de la consommation : les actes régies par le consommateur.

Le droit des assurances

Il y a bien d'autres sous disciplines comme le droit sanitaire et sociale, le droit médical ou le droit de l'environnement, de la culture, etc.



Premièrement, il y a des subdivisions qui sont fortes et d'autres à des thématiques faibles. Par exemple, le contrat de travail et avant tout un contrat. En revanche, pour les disciplines nouvelles surtout, on peut retrouver des thèmes autour de la culture, du droit administratif. C'est une multiplication artificielle car il y a une multiplication des règles. :

- On trouve celui surtout qui consiste que c'est une nouvelle catégorie. On devrait faire des groupes plus vastes.
- Il faut aussi savoir qu'il y a des personnes en quête de spécialités.
- Le législateur multiplie les codes.

A l'actif, cela favorise l'accessibilité du droit. Mais au passif cela suggère l'idée de nouvelles disciplines là où l'on n'a pas besoin. Le droit de la culture est en réalité une part du droit administratif. Ceci étant, il faut aussi en contrepoint qu'il y a aussi une évolution des disciplines. En effet, certains clivages traditionnels connaissent une certaine remise en cause. D'abord, l'opposition droit public/privé est maintenant relative. La frontière est désormais poreuse. En effet, il y a un rapprochement réciproque. Il y a une publicisation du droit privé et une privatisation du droit public. Maintenant par exemple, une faute quelconque permet de mettre en cause la responsabilité de l'Etat. Dans les relations de droit privé, on a des mécanismes qui viennent du droit public comme le régime de contrôle des entreprises. Il y a des mouvements de fond qui sont complètement ignorantes de l'opposition droit public/privé comme le droit de l'environnement (rassemble les règles de la préservation du milieu naturel, esthétique, qui environne l'être humain et les êtres vivants) il y a du droit administratif, du droit constitutionnel (principe de précaution). On a un droit qui connaît de multiples subdivisions.

Le droit est une discipline qui est déterminé par ses clivages traditionnels. Elles évoluent, sont concurrencé.

Le droit pénal organise la définition, la poursuite, le jugement et l'exécution des jugements au titre d'une infraction pénale. L'infraction pénale, c'est l'atteinte à une valeur essentielle de la société. Il y a un excès de pénalisation dans notre société car à force d'étendre son domaine, il y a aussi d'autres infractions nouvelles. Le droit pénal est-ce du droit public ou du droit privé ? Pour des raisons historiques, le droit pénal est du privé. En effet, à l'origine, il y avait un droit de la responsabilité personnelle, i.e. qui organise l'effet d'un fait fautif. La partie de ce droit qui portait les sanctions les plus graves est devenue le droit pénal. Les sanctions les plus dures sont parce que l'Etat a le domaine de la force de son domaine. Ce n'est que tardivement parce que ce sont les fautes les plus graves, la victime est un individu mais aussi la société, le corps social. Puis la victime on l'a mis derrière le corps social.

Les juridictions du pénal étaient de ceux du civil. Aujourd'hui le droit pénal est un droit à part. Cela nous montre que les subdivisions sont relatives.

## **7. Sciences auxiliaires du droit**

Mais il n'y a pas que les sciences sociales qui sont nécessaire uniquement. Il y a aussi les sciences humaines (histoire, philosophie).

### **a) Les Sciences sociales**

2 sciences sociales jouent un rôle prépondérant dans l'activité juridique : la sociologie et l'économie.

### **α) La sociologie**

C'est la science qui étudie l'ensemble des phénomènes sociaux dans leur identification leur compréhension et appréciation de leur portée. Le droit est largement déterminé par la société. La société produit le droit qu'elle a besoin, sa demande. Si l'on considère avec un certain courant que la société produit un droit qu'elle a besoin, la sociologie est l'outil que le juge aura besoin. Le droit existe dans un état brut qui est social. Ce que font les juristes, les législateurs, juges et la doctrine, est de formuler dans un langage juridique par son simple fonctionnement. Cette thèse se vérifie en permanence. Ce sont les mœurs, les mentalités, les inventions techniques commerciales économiques. C'est grâce à ces disciplines qu'on trouve la solution. Les professeurs, les juges ne sont que des relais. Si même on considère que les choses ne vont pas jusque là, au moins faut-il s'occuper de sociologie pour s'occuper des nouveaux besoins juridiques, de droit comme protéger la vie privée, la copie privée, décrypter les besoins sociaux est indispensable.

Une fois qu'une loi est promulguée, est-il raisonnable que l'activité du juriste s'arrête ?

La loi est ce, ce qui est pratiqué sur cette base ? Le droit est dans l'action. La loi est un texte qu'à partir de sa mise en œuvre. Il y a toujours une différence entre ce qui devait être et ce qui est. Pour mesurer s'il faut renforcer les sanctions ou modifier les législations, il faut aussi s'occuper de la législation. Un jugement c'est une mise en œuvre du droit mais encore faut-il l'appliquer. Le droit est ce qui est. L'activité juridique ne s'arrête pas à ce stade.

### **β) L'économie**

Les phénomènes économiques sont au cœur du droit. Les phénomènes juridiques sont d'abord économiques. Il y a une dimension économique du droit qui ne signifie pas que le droit est le serviteur absolu des exigences du monde économique. Il y a un marché des organes humains, des enfants. Mais cette distance est relative. Le droit est au service de la société. Le droit est une discipline de service. C'est la traduction de choix qui se font à l'extérieur. Les choix se font dans la sphère politique, économique, philosophique. Le juriste est un traducteur, pas un écrivain. Un bon traducteur est un grand fidèle mais aussi autonome.

### **b) Les sciences humaines**

Dans les sciences humaines : l'histoire et la philosophie

#### **α) L'histoire**

La discipline la plus importante car le droit s'inscrit dans l'histoire. C'est une discipline [le droit] qui évolue lentement. Si on n'arrive pas à tracer, à relier tel ou tel phénomène, on ne peut pas l'adapter au présent. Comment vais-je adopter aux besoins de mon temps ? Il faut savoir se débarrasser du contingent mais faut savoir garder ce qui est durable.

#### **β) La philosophie du droit**

C'est une branche de la philosophie qui examine les valeurs à l'origine des règles et valeurs et des décisions juridiques. Elle étudie le droit comme un espace d'expression et d'évolution des valeurs. La philosophie est importante car la règle de droit constitue un arbitrage entre les valeurs dans la perspective d'un problème social déterminé, et des valeurs car le droit fonctionne par la projection (voilà ce qui doit être), par l'idéalisation, i.e. capacité à représenter le réel avant qu'il existe. L'idéalisation fonctionne parce qu'elle va fonctionner sous une représentation attirante. On projette dans l'avenir car on promet une amélioration. Donc, le droit fait naturellement appel aux valeurs. Ajoutons au système de valeurs la dimension sociale et collective du droit. Le droit doit traduire dans les dispositions particulières les grands choix du regroupement. La société c'est le regroupement de 2 ou plusieurs individus. Le droit est là pour faire ce projet, et le conserver. Le

droit est réalisateur et conservateur. La valeur est au cœur du droit, du plus petit aux principes les plus solennelles. Il faut connaître ces valeurs et comment elles se diffusent. Il faut connaître les nouvelles valeurs. En effet, le droit est au cœur de l'activité sociale. Pour les philosophes, le droit est un objet d'étude important.

Les grands systèmes de philosophie du droit

Les systèmes se répartissent en 2 courants : idéalistes et positivistes

Idéaliste.

Ils considèrent que les valeurs qui déterminent le droit sont antérieures et supérieures et extérieures au droit lui-même. Il y a des systèmes qui rapportent ces valeurs à une divinité comme religieux qui considèrent que le droit positif résultent de la morale et de la religion et en cas de conflit, c'est les règles religieuses qui dominent. Un autre courant a substitué la divinité par la raison. Il existerait dans l'esprit humain, une loi naturelle, la raison qui déterminerait le droit et on doit donc comparer le droit positif. Le droit laïcisé va rapporter ce qui pour l'homme est supérieur. L'humain est la source de la raison mais est extérieur au citoyen, à l'administré. Le droit positif doit se soumettre.

Positiviste.

On considère que le droit se fonde en lui-même (positivisme étatique), dans l'histoire (positivisme historique), dans la société (sociologique). Le positivisme a pour point commun qu'il n'accepte pas la transcendance. Dans l'étatique, le droit est un pur instrument de pouvoir, on appelle souvent ce courant le nominalisme. Cela est invérifiable comme l'existence de Dieu. On reconnaît qu'une règle n'est pas conforme à la raison humaine à la disqualifier comme règle. En effet, il s'est nourri du droit allemand nazi ou soviétique. On reproche à cette vision d'être trop restreinte. En effet, un droit qui se trouve en lui-même sa propre explication est assez inconcevable. Le positivisme historique a pour avantage de rappeler le poids de l'histoire dans le droit mais dire que le droit est uniquement de l'essence du droit est excessif car l'histoire est continue comme avant, ce qui est resté des événements passés. Le positivisme sociologique, parfois quand le droit est contraire à la volonté de la société, ne marche pas.

L'activité du juriste est de décrypter, d'interpréter.

# Leçon II : Les sources du droit (A)

---

## 1. Notion de source du droit

Elle désigne **l'ensemble des instances par lesquelles le droit est formulé**. Le mot instance désigne à la fois organe et sinon un acte du moins une formulation, un discours formulé. Les sources du droit évoque un agent qui édicte le droit. (Le Parlement est une source de droit car il fabrique la loi qui est du droit.) La jurisprudence est l'ensemble des jugements qui est aussi une source de droit ainsi que ses juridictions. C'est aussi le résultat de cette activité. La loi est une source de droit. Pourquoi la loi, le décret, le jugement produit d'un organe est considéré comme une source de droit. Une fois la loi est posée, on a certes du droit mais la pleine expression du droit est dans l'expression du sujet. La source, c'est le mouvement, c'est d'où jaillit. Mais, elle-même inscrit les choses dans un rôle, c'est le résultat d'une activité, c'est aussi l'annonce d'une activité.

Deuxième idée : on distingue les sources formelles des sources réelles. Les sources formelles sont les sources immédiates ou les plus immédiates et que en outre on peut repérer assez aisément parce qu'elles sont inscrites dans une procédure organisée ou formulées par écrit (loi, décret, traité). La coutume est une source de droit mais qui est l'organe ? Le corps social. Quelle est sa forme ? L'oral. L'idée de source formelle n'exprime pas les sources directes. Les sources directes sont les sources sur lesquelles on peut se référer sans doute. Les sources réelles, i.e. les vraies ne sont pas dans le sujet d'étude, elle détermine les sources formelles à statuer. Face à une nouvelle loi, les juristes se posent des questions infinies.

Troisième idée : La pluralité des sources formelles. Il n'y a pas d'unicité des sources. Il n'y a jamais eu de sources uniques. Il y a grosso modo, quatre sources qui se combine, se hiérarchisent, s'influencent, se concurrencent :

- Le jugement : Qui est arrivé d'abord ? Quelle a été la première fois où l'on a vu du droit sur la Terre ? est une règle, une coutume, une opinion savante ? Est ce qu'on a la coutume ? Une pratique répétée débouchant sur un sentiment obligatoire. La conjonction des deux. Il a profité de son autorité. Ce serait la première manifestation de la règle de droit. Quoi qu'il en soit, les sociétés se définissent par un agencement des sources. Toutes les sociétés ont privilégié tel ou tel source. Notre système est un système qui a la charnière du XVIIIème et du XIXème siècle, la source formelle tenue pour instrument. Le besoin de rationalité, de la réduction de la transcendance, le besoin d'efficacité humaine. Le projet moderne de l'homme, c'est la colonisation de l'homme de ce qui l'entoure. Le droit légiféré se prêt à un tel projet car c'est un droit qui s'élabore très vite, a une porté très vaste face au jugement. La règle de droit, en peu de temps, et on a illusion que les choses vont être. Les coutumes très contraies
- Le droit savant, des jurisconsultes
- La doctrine : joue un rôle considérable

Toutes les sources se combinent d'une façon ou d'une autre.

La pluralité des sources pose un autre problème. Non seulement il y a les quatre grandes catégories de sources. Mais il y a aussi à l'intérieur la pluralité des expressions. Il n'y a pas qu'une forme de droit légiféré. Donc la multiplicité des sources pose un problème de cohabitation, de coexistence et notamment d'harmonisation.

### La notion de L'équité aux sources du droit

L'équité désigne le juste et l'équitable et du coup l'exigence d'équité, l'étalon, la référence est une valeur qui a une étroite relation avec les phénomènes juridiques. Fondamentalement, quand on s'efforce d'exprimer dans une formule la raison d'être du droit, idéalement, c'est l'art de l'équité, c'est rendre à chacun le sien. Donc l'équité a au moins cette première place, c'est sa raison d'être.

Certes tout ne s'articule pas autour de l'équité et qu'en toute hypothèse. Le droit ne peut pas se départir de l'équité. Mais encore qu'est ce qui est équitable pour lui pour elle. Quel est le statut de l'équité ?

1<sup>ère</sup> attitude : Elle consiste à s'en remettre à une personne, qui incarne un organe, un juge, un roi, une autorité, pour dire au coup par coup ce qui est équitable et décrété ainsi se fondera le droit. Donc, elle débouche sur une série de décisions particulières.

2<sup>ème</sup> attitude : Elle consiste à ne pas renoncer à l'équité mais à l'inscrire dans des formules moins particulières, à se défier au jugement au cas par cas et à recourir aux formules régies comme la prescription. Cette seconde situation est la situation de notre système depuis longtemps même s'il y a eu une intensification de cette modalité.

Pendant une période, ces 2 attitudes cohabitaient et depuis la Révolution, les Lumières, on a donné une place plus forte à la règle et on a donc refoulé la modalité primitive.

Aujourd'hui, en principe, l'équité n'est pas une source directe immédiate de droit. On n'a pas mis un système juridique qui fonctionne ainsi. Ceci au nom de l'histoire, cette situation se comprend car c'est une réaction à un usage abusif du système dans l'Ancien Régime. La philosophie des Lumières, l'équité a été connotée négativement.

« Dieu nous préserve de l'équité des Parlements. » dans l'Ancien Régime

En écho, une formule expliquait en matière pénale : « En France, toute peine sont arbitraires. », i.e. tout dépend de la décision du juge.

Si le comportement fautif n'est pas rédigé, ce comportement n'était pas hors-la-loi.

Ceux qui allaient dans un restaurant, partaient sans payer, partaient en non-lieu. On a donc fait une loi pour y remédier. Il y eut aussi le cas des stations services dont on indiquait « servez-vous », le juge a aussi prononcé un non-lieu. On a à l'époque moderne, refoulé l'équité. En vérité, on ne l'a pas entièrement refoulé. Il arrive parfois que la loi renvoie expressément à l'équité.

Par exemple, l'art.1135 c.civ dispose : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

Le législateur en appelle à l'équité pour compléter une source de droit (*secundum legem*).

Il y a d'autres hypothèses où l'équité permet de compléter une source de droit.

Dans l'art.2 du c.civ suisse dispose : « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.* »

Le juge agit en équité. Le c.civ français comprenait une formule initiale.

L'esprit du droit français est aussi dans le recours à l'équité quand la loi est muette. Il arrive aujourd'hui que dans certaines matières, des lois exigent de façon générale qu'un ensemble d'autres règles qui si elles respectent l'exigence d'équité.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme, art.6, exige que tout procès soit équitable. Cette exigence doit être appréciée au regard l'équité. Les autorités nationales peuvent neutraliser certaines dispositions quand elles ne sont pas équitables.

Il reste qu'en dehors de ces cas, une décision de justice qui se réfère uniquement à l'équité sera cassée par la Cour de Cassation. Dans cette mesure, les principes de la révolution conservent toute leur vitalité. L'équité directe, c'est le sentiment particulier de la justice. Un jugement rendu en équité, c'est : « il me semble juste que... ».

Une telle situation est interdite dans notre système juridique. Quand on observe le contentieux sur plusieurs années on voit bien ont une grande liberté pour faire passer leur sentiment de justice. L'équité avance de manière masqué mais elle est très présente, elle est irréductible. C'est inévitable. Tous les systèmes qui ont tenté l'inverse ont échoué. Robespierre disait que le mot jurisprudence devait disparaître mais c'est lui qui a disparu.

## **2. Le droit écrit**

Dans un sens strict, le droit écrit recouvre l'ensemble des règles générales et impersonnelles énoncées par écrit au terme d'une procédure d'élaboration suivie d'une procédure de diffusion ou de publication. Dans un sens large, on ajoutera aux règles générales et impersonnelles l'ensemble des prescriptions écrites, i.e. les prescriptions particulières. Autrement dit, les jugements, les décisions administratives, les actes particuliers (contrat, et actes unilatéral).

Le droit écrit a des vertus qui en expliquent la promotion dans une époque, la notre, qui place en premier ces vertus. Ses vertus sont des vertus de sureté. En effet, parce qu'il est écrit et diffusé, il est accessible, prévisible et protégé. D'autres valeurs trouvent ou peuvent trouver leur compte, comme l'exigence d'égalité. La promotion de la loi par la modernité est poussée par l'exigence d'égalité. On veut dans une situation donnée, les effets juridiques soient les mêmes pour tous. Plus un système se démocratise, plus il a recours à l'écrit. L'écrit a toujours été lié dans l'histoire humaine à la démocratie.

En contrepoint, il existe certaines limites, admises ou non. Le droit écrit a des inconvénients de ses avantages. Ses avantages, c'est qu'il semble disponible pour modifier radicalement la société. Il suffit de connaître les procédures pour agir sur la société. Or, même si une loi peut être assez rapidement adoptée, promulgué, une chose est de promulguer une nouvelle loi écrite. Autre chose, soit son application, sa diffusion, sa compréhension. Le droit ne s'arrête pas à sa formulation qui en vérité n'est qu'une étape vers la réalisation du droit. Cela suppose un certain nombre de conditions sociales que juridiques, comme culturel, économique, social, intellectuel pour que le juriste applique, respecte le droit.

Il y a eu une démultiplication du droit écrit. L'instrument est tellement évident que le législateur s'est saoulé. L'inflation législative est un phénomène depuis la 2<sup>ème</sup> moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Les sociétés occidentales se sont vu l'accroissement de la longueur des lois, la multiplication des sources de droit écrit, le changement régulier de loi, i.e. raccourcissement de la durée des lois, instabilité législative. On change la loi pénale, sociale, commerciale.

Comme dit Jean Carbonnier : « ne légiféreront que d'une main tremblante. » Parce que il y a des tas de raisons qui se résume à ce que l'Etat est au cœur de la vie sociale, c'est l'Etat providence, où l'Etat agit par la loi la règle. Mais aussi, pendant très longtemps, dans les époques de grands développements, le budget était l'outil le plus efficace comparé à la loi. Il n'y a plus du tout d'autonomie quelconque en matière budgétaire. Donc, tout ça pour dire, que l'inflation législative, l'hypertrophie ne s'arrêtera pas.

L'activité des juristes devient compliquée. Il y a une grande ambiguïté avec la relation entre juristes et complexité des lois.

La typologie du droit écrit. Il y a un ensemble de manifestation du droit écrit qui constitue la division du droit écrit.

### **3. La constitution**

La constitution, c'est la norme fondamentale. Il faut immédiatement nuancer qualification en soulignant le caractère dépassé. Cela ne l'est que quand elle connaît les Etats Nations. Mais aujourd'hui l'Etat est loin d'être le seul. En effet, aujourd'hui la constitution est concurrencée par des sources écrites qui sont placées dans une certaine position supérieure.

Nous verrons que dans le cadre de la CEDH, les principes constitutionnels, les jugements du conseil constitutionnel peuvent être dépassés, déclassés et finalement placé dans une position d'infériorité. Il en va de même entre la constitution et les principes communautaires.

La constitution française est la norme fondamentale interne. Elle a pour objet l'organisation des pouvoirs publics, i.e. de désigner ceux des organes ou des organes reçoivent et exercent la souveraineté selon la représentation fondamentale que l'on fait. Dans une République, le souverain c'est le peuple. Dans une monarchie parlementaire, ce sont le roi et le peuple.

Les élections, l'exercice du pouvoir législatif, exécutif sont évoquées.

Qui est l'auteur de la constitution ? C'est l'œuvre du constituant. Le constituant en réalité pour être honnête c'est celui qui se dit constituant. C'est soit le Congrès, soit très directement le peuple qui exprime son adhésion par le référendum.

Il reste que si un coup d'Etat a lieu, ou si par une décision collective du peuple, une nouvelle constitution est adoptée, elle sera portée de manière positive.

Dans le régime de Vichy, certains juristes disent que cet Etat est nul en l'effaçant de manière rétroactive. En effet, il était légal mais pas légitime. Une constitution nouvelle qui ne respecte les termes d'une constitution précédente n'est pas forcément qualifiée car on est loin des problèmes de droit ou politique.

La norme fondamentale, ce n'est pas la constitution, c'est le souverain. Il est évolutif.

### **4. Les traités**

Ce sont des actes juridiques conclus entre deux ou plusieurs Etats. Quand avec 2 Etats, ce sont des traités bilatéraux et à plusieurs des traités multilatéraux. Ils peuvent être conclus soit à partir d'une initiative spontanée des Etats. Un Etat propose à un autre la conclusion d'un traité sur un sujet (fiscal, échange, circulation des personnes, ...). C'est un phénomène très répandu. Les 200 Etats

sont unis par une kyrielle de traités avec aujourd'hui une amplification. Il peut aussi arriver que les traités soient conclus entre Etats mais à l'initiative d'une organisation internationale, ou supranationale avec l'ONU avec la convention internationale des droits de l'enfant (1989 est une convention multilatérale dont l'initiative est de l'ONU. Mais il peut aussi avoir des initiatives d'autres organisations comme l'UE.

A côté du droit communautaire, entre les Etats communautaires, il y a un droit international classique. Tout ça constitue des facteurs de différenciation du traité. C'est un contrat entre Etat. Il est l'expression la plus forte de la souveraineté des Etats qui ne sont liés à l'égard des autres que dans la mesure de la volonté de leurs décisions.

Nous verrons que le droit communautaire démarre sur certains points du droit international classique. En vérité, classiquement, la sanction du droit international est très limitée. En effet, traditionnellement, il n'y a pas de juge international. Aujourd'hui dans certains domaines se développent une justice internationale. Avec l'OMC, par le biais de traités multilatéraux organisent les échanges internationaux, il y a un processus de sanction qui passe par la punition des Etats. La CPI a d'abord été établie pour des faits particuliers. Dans le mouvement de cette expérience, on a mis en place une cour permanente pour juger un certain nombre de crimes. L'idée étant que les dictateurs et assimilés doivent savoir qu'il y a des institutions pour les sanctionner. C'est un mouvement dont on doit en repérer les étapes. Sous ces limites, le traité, c'est un contrat entre Etat qui engage sur ce qui a été décidé.

En France comme dans d'autres pays, la signature du traité, d'une convention internationale, ne sont pas obligatoires sur cette seule base. Ils sont signés par le Président de la République qui porte le consentement de la France par sa signature. La signature ne rend pas l'acte obligatoire dans le système juridique français encore faut-il que le traité soit ratifié. La ratification est partagée entre le Président et le Parlement pour les traités de paix, de commerce, relatif à l'organisation internationale, finances, de nature législatives, etc. (art.52 Constitution 1958). Il faut une loi pour la ratification. La loi peut subordonner à l'abrogation des articles. Il est rare qu'il y ait une ratification amputation. La ratification peut avoir lieu par référendum.

Que devient un traité ratifié ? Il prend corps, place dans le système juridique français. L'art.55 de la Constitution dit que le traité a une place supérieure à la loi. On classe les sources dans une position d'infériorité ou de supériorité par sa nature. Le traité est supérieure à part par rapport à la constitution. Si un conflit survient entre une loi et un traité ratifié, c'est le traité qui l'emportera. Encore faut-il que le traité dans ses dispositions ait une qualité juridique qu'on lui a refusé pendant longtemps. C'est la qualité à l'auto-performance ou l'auto exécution. Cela veut dire que les dispositions soient aptes à recevoir sur la seule base du libellé à recevoir l'application. Pendant longtemps, les traités engageaient les Etats que dans la personne des organes étatiques. Le président, le gouvernement et le parlement et la contrainte des traités consistait à transformer les lois les dispositions du traité. Cela signifie que les sujets de droit ne pouvaient pas se prévaloir directement du traité. Il en a été ainsi dans une vision très marquée de la souveraineté étatique. On ne voulait pas une volonté étrangère interfère sur la situation des ressortissants.

La convention OIT n'était pas *self executive*. Mais les temps ont changé, avec le développement du droit international lui a fait gagner en précision, il est devenu de plus en plus comparable à des lois dans son libellé. On voit bien en lisant un traité qu'il a toutes les raisons pour les appliquer. On s'est accoutumé en plus que la société internationale s'est répandue et que les esprits se sont acclimatés à sa présence. (Voir Cour d'Appel sur CNE qui est contraire à la convention OIT)



Donc, c'est un revirement de jurisprudence. Ajoutons que l'une des sources importantes du droit internationale en France, c'est la convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarder des libertés fondamentales. Elle est signée par les Etats membre du Conseil de l'Europe. Le conseil de l'Europe, c'est une organisation internationale classique dont le but est de rapprocher structurellement les pays d'Europe. Elle a fait en faisant des Conventions. L'originalité de cette convention est la création d'une juridiction qui est une vraie juridiction qui a un imperium. Un sujet de droit peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme en désignant que son Etat a violés, a causé un préjudice. Mais, il faut avoir fini de recourir à toutes les juridictions nationales. En effet, tous les juges sont censés respecter cette convention. On regarde la recevabilité du recours. Si la cour donne son accord, elle fait état du tort de son Etat. Elle apprécie le comportement de l'Etat. La France est un des pays les plus sanctionnés.

Cette cour a son siège en Strasbourg. Le conseil de l'Europe a 40 membres.

Il a fallu attendre en 1981 pour que les français puissent recourir à cette cour.

## **5. Le droit de l'Union Européenne**

L'UE est une structure interétatique créée par des traités internationaux classiques conclus entre différents Etats ayant leur siège sur une partie de l'Europe. Ces pays sont aujourd'hui 27. Le Traité de Rome institua la CEE autour de la thématique du Marché Commun. Le but est la création d'un marché commun et l'unification des législations ayant des rapports directs comme indirects avec le marché commun.

Le traité créait des institutions européennes. Il y avait un pouvoir de type exécutif avec la Commission des Communautés Européennes : elle a un rôle de préparation du droit européen et d'exécution. Son siège est à Bruxelles.

Le volet législatif est constitué du Conseil des Ministres. Par exemple, en matière agricole, on réunit tous les ministres de l'UE. Mais aussi le Parlement, autrefois, on envoyait quelques représentants. En 1979, on a le suffrage universel direct tous les 6 ans. On vote par liste. Depuis les réformes, on a eu d'autres traités comme le Traité de Maastricht, d'Amsterdam qui a créé l'UE ou de Nice.

Traité d'Amsterdam (1997) : Création d'une union politique. On a voulu élargir le pouvoir de l'UE. Beaucoup de questions restent de la compétence des Etats. La subsidiarité, quand la question de compétence de l'UE peut être mieux traitée à l'échelle nationale, le national prend le devant. Si le référendum a eu pour conséquence l'échec, c'est parce qu'il a été considéré à grand tort que l'échelle supranational était beaucoup moins efficace. C'est assez artificiel car l'Europe utilise fortement ses compétences.

L'essentiel du droit en France est européen. En effet, ce sont des traités qui posent des règles habiles à créer de nouveaux droits. Le droit communautaire dès qu'il est produit a l'autorité. Il prend immédiatement la place que lui fait l'art.55 de la Constitution.

L'art. 55 de la Constitution de 1958 dispose : « *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.* »

Un traité classique ne produit pas tous ces effets. Quel est ce droit ? Dans les champs de compétence de l'UE, l'économique, l'environnement, la culture, etc.

Il y a d'abord les directives communautaires. Dans une directive la communauté ou l'UE oblige l'Etat à atteindre un certain résultat en laissant les Etats libres pour y parvenir. Mais l'obligation de résultat impose de mettre au point les moyens d'y parvenir. La Cour de Justice (Lux) peut condamner un Etat membre qui n'a pas appliqué. C'est le recours de manquement. Les directives ne sont pas invocables aux sujets de droit. Mais la Cour de Justice permet de proclamer par les particuliers. Quand une directive n'a pas été transposée, le particulier peut l'invoquer contre un autre particulier. Un salarié peut devant un tribunal faire comme si cette directive a été transposée. C'est l'effet horizontal.

Les règlements communautaires. Ce sont des actes qui dès qu'ils sont publiés sont imposés à tous. Il y a énormément de règlement. Il fait partie du droit positif français. C'est la loi de l'Etat fédéral communautaire.

## **6. La loi**

### **I. La loi ordinaire**

Dans la tradition classique, issue de la rupture révolutionnaire. La loi constitue la norme centrale. A quelques normes supérieures je veux dire par là que la loi est supérieure à la constitution. Mais on n'imaginait pas que la loi soit à l'encontre de la constitution. La loi c'était la raison écrite, la sécurité, la clarté car elle émanait du peuple, i.e. les sujets de droit.

Aujourd'hui, la loi a perdu fortement de sa noblesse, de sa superbe. Elle a pu avoir une qualité qui a contribué à son importante autorité. Aujourd'hui, la loi a perdu l'essentiel de ses qualités traditionnelles par l'instabilité, hypertrophie, sens du détail, incertitude. Elle est victime de son succès. Mais il ne faut pas penser que le temps de la loi est derrière nous, mais elle s'est banalisée, elle reste un instrument important de la normalité. Au sens formel, la loi est l'œuvre du Parlement, i.e. l'assemblée, les représentants du peuple. Nous allons étudier la loi en envisageons 2 aspects

#### **A. Son domaine**

Avant la constitution du 4 octobre 1958, la question du domaine de la loi ne se posait pas. En effet, la loi se définissait comme l'acte émanant des représentants du peuple. Nulle question ne lui échappait. Comment aurait-on pu soustraire à la souveraineté nationale. La loi avait le domaine que le parlement voulait lui donner, i.e. universel. Simplement, le parlementarisme a connu son heure de gloire sous la IIIème République et son enclin lors de la IVème République.

La Vème République s'est chargée de réduire le parlementarisme. Il donne au président une position éminente au sein de l'exécutif. Dans le parlementarisme, le Premier Ministre émane du parlement et l'exécutif est donc sous dépendance morale du législatif. Avec la Vème République, on a rompu avec le parlementarisme.

Mais pour ce qui est du domaine de la loi, le déclin a débouché avec la Constitution de 1958 par un phénomène inédit en citant les domaines énumérés (art.34 de la Constitution). Cela sous entend que ce qui n'est pas du domaine de la loi est exclu. Cela aboutit à une limitation importante de ce domaine car une fois de plus la question ne se posait pas même si le domaine de la loi est par le fait un domaine embrassant, généreux. Les grandes questions sont encore du domaine de la loi.

La pratique de la Vème République est dans le sens de la soumission du Parlement, il y a un élargissement factuel du domaine de la loi. En effet, la loi a un poids symbolique que les décrets, les arrêts car elle a reçu l'adoubement de la majorité. Sachant que le gouvernement maîtrise l'ordre du

jour, il s'est en rendu compte qu'il est avantageux de laisser des domaines à la loi. Reste que le phénomène fût purement théorique.

L'art. 34 de la Constitution dispose : « *La loi est votée par le Parlement.* »

*La loi fixe les règles concernant :*

- *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;*
- *la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;*
- *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;*
- *l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.*

*La loi fixe également les règles concernant :*

- *le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;*
- *la création de catégories d'établissements publics ;*
- *les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;*
- *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.*

*La loi détermine les principes fondamentaux :*

- *de l'organisation générale de la Défense Nationale ;*
- *de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;*
- *de l'enseignement ;*
- *de la préservation de l'environnement ;*
- *du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;*
- *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.*

*Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.*

*Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.*

*Des lois de programmes déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.*

*Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. »*

## **B. Son existence**

### **L'élaboration**

Le respect de cette procédure est nécessaire. La loi peut avoir une double origine qui en détermine la procédure. La loi peut être issue d'un parlementaire, c'est alors une proposition de loi. Il n'est pas

tenu de rédiger sa proposition en consultant quiconque. Il restera au gouvernement et au bureau de l'Assemblée Nationale à l'inscrire à l'ordre du jour.

L'évolution est dans un renforcement de l'initiative du gouvernement, c'est le projet de loi. On dit que l'avantage des projets de lois est qu'il soit élaboré par des services gouvernementaux soucieux de respect d'un certain nombre de contraintes (constitution, lois antérieures, lois internationales). Toujours est-il que 90% des lois sont issus de l'initiative du gouvernement car ce sont les administrateurs civils qui ont une vision de ce qu'il faut faire, imposent leur point de vue.

Tout texte déposé à l'Assemblée nationale, va être analysé par une commission de l'Assemblée Nationale. Chaque commission a pour mission de discuter dans un cercle restreint. La délibération est la recherche collective d'un intérêt public qu'est l'intérêt général. Puisque chaque élu exprime l'intérêt général, il est censé représenter l'ensemble du corps social. Tous sont porteurs de l'intérêt général qui est unique. En commission, on a un rapporteur qui présente un rapport puis on discute, on présente des amendements du texte. Le texte est présenté en séance publique avec tous les membres de l'Assemblée Nationale. On va adopter le texte mais chaque député a aussi un pouvoir d'amendement, i.e. modification d'une loi en cours de discussion. Il peut consister en une injonction, une réécriture, une suppression.

Là-dessus, il y a le vote en audience. Mais il ne suffit pas qu'une loi soit votée, il faut qu'elle soit déposée par l'autre chambre. S'agissant des projets de loi, le gouvernement a le choix de déposer soit au Sénat soit à l'Assemblée Nationale. Le risque est l'adoption d'un texte amendé. Puis, soit la chambre initiale s'aligne sur la deuxième chambre telle qu'elle a adopté le texte. Soit elle ne s'aligne pas. S'il y a divergence, il y a une commission mixte paritaire, sa tâche est de faire un texte commun où ils sont libres de l'adopter ou pas.

Si d'aventure, il n'y a pas d'accord en commission mixte, il revient à l'Assemblée Nationale d'emporter la décision car elle est composée d'élus au suffrage universel direct. Le Sénat a été conçu pour amortir les soubresauts de l'Assemblée Nationale. Mais le Sénat est une assemblée qui se renouvelle très peu et donne avantage aux élus ruraux.

Cette procédure d'un double aller-retour peut être abrégée quand le Gouvernement a demandé urgence. En cas d'urgence, il n'y a qu'un aller-retour. S'il y a désaccord, il y a commission mixte puis on tranche.

Une fois que la loi a été adoptée à la majorité, il n'est pas encore une loi. Il faut qu'elle soit promulguée. Le Président de la République a 15 jours pour la promulguer. Il n'a pas le droit de ne pas la promulguer et la promulguer 15 jours après. Par contre, il peut demander une nouvelle délibération au Parlement. La date d'une loi est la date du décret de promulgation.

### ***L'entrée en vigueur***

Pour qu'elle entre en vigueur, il faut qu'elle soit promulguée mais aussi diffusée. Le principe est énoncé par l'art.1 c.civ.

L'art.1 du c.civ dispose :

*«Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le*

*prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.*

*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »*

Il y a en réalité un double principe : les lois ont la liberté de fixer une date de mise en vigueur, si elles ne font pas, c'est le lendemain de leur publication. Cette décision est issue de l'ordonnance 2004-164. On a modifié les choses grâce à la numérisation générale du Journal Officiel. (<http://www.legifrance.gouv.fr/>)

Aujourd'hui on considère qu'avec la gratuité du site qu'on n'a pas à attendre longtemps, ce jour franc, quand en 1804 il n'y avait qu'une version papier du Journal Officiel.

Quand la loi peut fixer son entrée en vigueur, quand elle entre en vigueur antérieurement. En effet, c'est une période transitoire, on parle de période transitoire. C'est d'ailleurs très fréquent qu'on a rédigé en principe. Il arrive que la loi prétende rétroagir.

Ce principe connaît différentes exceptions qui sont de deux types : parfois il y a accélération de son entrée en vigueur, c'est ainsi qu'il se produit en cas d'urgence (art.1 al.3 c.civ), c'est une hypothèse rare, l'autre c'est qu'il y a un nécessaire retardement de l'entrée en vigueur car incomplète, elle ne pourra entrer en vigueur qu'avec les mesures d'applications. Les mesures d'application sont prises par les règlements (décret).

Cela pose le problème de la liberté pour le pouvoir exécutif de ne pas prendre de mesures d'application. La loi doit être appliquée, le décret doit être pris. L'exécutif ne peut se subordonner à cette procédure. En effet, ceci permettrait à l'exécutif de paralyser le législatif. Le Conseil d'Etat laisse à l'exécutif un délai raisonnable. Au-delà, le pouvoir exécutif commet une faute. Le citoyen peut poursuivre en justice ce pouvoir. Mais depuis peu, le Conseil d'Etat s'est autorisé à faire injonction au gouvernement. Il enjoint, sous astreinte, au gouvernement.

Que se passe-t-il alors ? Il faut l'appliquer. Il y a le problème de l'effectivité de la loi. Si ce comportement n'est pas adopté, la première réflexion est de sanctionner. Ceci débouche sur la deuxième question qui est plus sociologique. L'effectivité des lois est la production concrète des effets annoncés, les mesures de l'effectivité intéressent le juriste. En effet, il faut voir ce que la loi a comme effet. Cela suppose d'avoir un minimum d'instruments sociologiques. En tout cas, il faut toujours avoir égard à cette dimension de la loi. Cela prouve que la loi est inadaptée.

L'irrespect de la loi amène soit par l'abrogation ou par des sanctions plus dures. En toute hypothèse, il existe un grand principe juridique en matière de loi et droit légiféré qui signifie que nul n'est censé ignorer la loi. Cela signifie qu'aucun sujet de loi ne trouvera d'excuses d'avoir respecté la loi en l'ignorant. Cette règle est fictive mais indispensable. En effet, sans ce principe, il n'y aurait plus de loi.

### **L'extinction**

La loi est en principe permanente. Cela veut dire qu'elle n'est pas affectée d'un terme extinctif. Mais permanente ne veut pas dire éternelle. Par le fait, les lois tout en étant permanentes sont changeantes. L'abrogation est le contraire de la rogation (loi présentée au peuple), c'est le grand principe du parallélisme des formes, i.e. quand une loi a été édictée sous une certaine forme elle ne peut être supprimée que par sa même forme.

*« ... sont et demeurent abrogées loi du 28 janvier 1935 tendant à la répression des fraudes sur le guignolet ... »*

La grande question que se pose l'abrogation est double. La première est quelle forme doit prendre l'abrogation. L'inapplication de la loi ? La loi abrogative doit elle expressément une loi abrogée ou peut elle fonctionner tacitement ?

Ce qui est tacite est ce qui est indirectement voulue. En effet, il arrive que le législateur prenne, avec ce nouveau dispositif, une partie des dispositions antérieures. Mais la loi nouvelle ne précise pas qu'elle abroge la loi ancienne. Alors, si on dit que seul fonctionne l'abrogation de texte. Il fallu résoudre en admettant que l'abrogation peut être tacite. C'est le devoir du juge. Il devra déduire que le nouveau a tacitement abrogé l'ancienne. Mais ce n'est pas parce qu'une loi est récente qu'elle va abroger l'ancienne. En effet une règle de méthode juridique dit que c'est la loi spéciale l'emporte sur la générale même si la loi spéciale est antérieure. En revanche, si par une loi spéciale ultérieure le législateur déroge à une loi générale antérieure, alors la loi spéciale est supérieure. Les lois spéciales ont un domaine d'application ou d'implication plus étroit.

Quand une loi générale est ultérieure, par exemple les enfants mineurs à une loi spéciale antérieure, par exemple un enfant de 6ans, elle n'abroge pas. Dans la mesure de la contradiction, une loi spéciale ultérieure déroge à une loi générale antérieure.

Est-ce que la loi est abrogée par la désuétude, i.e. l'habitude vide ? C'est un débat. Pour les uns, ce n'est pas suffisant. En effet, l'habitude n'est pas une loi, c'est un fait. (cf. parallélisme des formes). Mais il existe aussi un phénomène qui s'appelle la coutume, i.e. la répétition d'un comportement qui se transforme en une règle. Après tout, si l'on dépasse le premier débat dans l'ordre des valeurs. Les autres disent que la sécurité ne se floute pas dans les coutumes. La réponse est que tant que seule une loi peut l'abroger de manière tacite. Il n'y a pas de prescription extinctive des lois.

Dans l'ordre du principe, car si la loi est permanente. Il existe des lois temporaires. Elles ont programmé leur extinction. Il ne fait pas confondre des lois de finance où les effets s'acquièrent perpétuellement.

## **II. Les lois particulières**

### **A. Les lois constitutionnelles**

Ce sont celles qui modifient, complètent la Constitution. (art.11 et art.89 Constit)

### **B. Les lois organiques**

Ce sont des lois qui ont pour objet l'organisation ou le fonctionnement des pouvoirs publics ou qui explicitent des règles et principes inscrits dans la constitution. (art. 46 Constit). Ils font l'objet d'une procédure particulière en raison de leur lien étroit. On veut systématiquement vérifier leur conformité à la constitution et de leur qualité. Ces lois organiques sont systématiquement soumis au Conseil Constitutionnel

### **C. Les lois de finance**

Elles sont soumises à des règles particulières qui sont toutes particulières du caractère annuel de l'impôt. Pour cette raison, la constitution enferme leur adoption dans un délai fixe. Toutes les navettes comprises, la loi de finance doit être adopté en 60 jours. Sinon, c'est la procédure d'urgence du gouvernement. En effet, on veut en terme de sécurité juridique, que les citoyens imposés connaissent le droit sur quoi ils seront imposés.

### **D. Les lois de financement de la Sécurité Sociale**

### **E. Les lois référendaires**

Ce sont des lois qui intéressent l'organisation des pouvoirs politiques. Le Président de la République peut soumettre à référendum une loi. Le référendum n'est pas très pratiqué en France.

## **7. Les règlements**

Le règlement en droit interne français est un acte prescriptif impersonnel ou individuel émanant du pouvoir exécutif ou d'un organe habilité d'une collectivité territoriale. On distingue les règlements ordinaires des règlements extraordinaires

### **I. Les Règlements ordinaires**

#### **A. Les Décrets**

##### **1) La classification des décrets par leur forme**

C'est un acte portant une prescription impersonnel ou individuel émanant en principe du Premier Ministre. Mais, la Constitution de 1958 est complexe dans la personne des pouvoirs exécutifs car il y a une sorte de doublon entre le Premier Ministre et le Président de la République.

Les décrets en Conseil des Ministres sont des décrets signés par le Président de la République et contresignés par les ministres intéressés. Ils sont prévus par une loi. Ce sont des décrets qui sont importants. Le droit d'évocation consiste pour une autorité quelconque de se saisir d'une question d'une autre compétence.

Il existe aussi les décrets en Conseil d'Etat. Ce ne sont des décrets du Conseil d'Etat ni même ceux qu'on est obligé de signer au Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a un rôle consultatif mais aussi aujourd'hui surtout une juridiction, un organe à la tête de la justice administrative. En réalité, une partie éminente est consultative dans la préparation des lois et règlements. Outre le service des ministères, il y a des consultations au Conseil d'Etat sur un avis. Le décret ne peut être signé qu'après que le Conseil d'Etat a été consulté. Le Conseil d'Etat est la juridiction qui va connaître la contestation des décrets par les particuliers. Chaque particulier peut saisir pour annuler un décret illégal. Le juge dont la mission est de sanctionner l'illégalité est le juge administratif. Le gouvernement risquerait la censure juridictionnelle si elle outrepassait l'avis du Conseil D'Etat.

Les décrets supposent outre la compétence de l'organe et une certaine forme. L'importance est qu'il soit daté et signé et publié au Journal Officiel.

##### **2) La classification des décrets par leur domaine**

Les décrets se distinguent en fonction de leur domaine.

###### **a) Décrets d'application**

Il arrive que la loi expressément ou tacitement renvoie à un décret d'application. Des lois ne peuvent fonctionner sans précision. Dans tous ces cas, le décret doit être adopté dans un délai raisonnable. Toujours est-il qu'il faut une collaboration entre l'exécutif et le législatif. C'est le décret d'application qui justifie l'exécutif.

###### **b) Décrets autonomes**

L'art.34 de la constitution prévoit des domaines. Il développe des questions extérieures à celle qui relève de la loi. On parle beaucoup actuellement de la réforme des régimes spéciaux de retraite. C'est la raison pour laquelle que la réforme relève des décrets autonomes. C'est pourquoi elle va passer par décret puisque tout relève du Conseil des ministres et du Président de la République.

Le gouvernement pourrait très bien soumettre au Parlement un projet de loi. Dans une décision de 1982, le Conseil Constitutionnel a donné un avis favorable.

En principe un règlement est soumis à la loi. Depuis 1958, on a développé les décrets autonomes. D'un certain point de vue, ils sont au niveau de la loi car ils ne sont pas subordonnés comme les décrets d'application. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat dit qu'en étant décret, elle est subordonnée aux principes de valeur législative. Ils sont autonomes mais pas totalement. Les décrets peuvent avoir un objet individuel (les décrets de nomination).

### **B. Les arrêtés**

Ce sont des règlements qui sont porteurs de prescriptions individuelles ou impersonnelles qui émanent de différents organes de l'Etat, des collectivités locales. Il y a des arrêtés municipaux, du conseil général, municipal

C'est l'instrument de toutes les actions juridiques de toutes les instances administratives autres que le Premier Ministre et le Président de la République.

Ces arrêtés se trouvent sous la subordination des décrets et à fortiori de la loi. Tout ce qui contredit un décret est nul. L'arrêté d'un organe d'une collectivité territoriale est surtout subordonné à la loi. Ceci étant, il y a beaucoup de contestation de la légalité des arrêtés qui prennent souvent des libertés avec la loi. Les citoyens ont un recours devant le tribunal administratif. La légalité d'un acte réglementaire quelconque. Ils doivent être signés et datés.

### **C. Les circulaires**

Ce sont des prescriptions qui sont purement internes à un service administratif national ou territorial. C'est un document qui circule entre les différents agents concernés. Les circulaires s'imposent à tous les agents de l'administration en vertu d'un principe qui est le principe hiérarchique. Seul quelques fonctionnaires échappent à ce principe comme les magistrats du siège qui exercent leur fonction assise car elle suppose du temps alors que les magistrats debout sont soumis, les professeurs d'université échappent aussi.

Se pose la question de savoir si une circulaire peut comporter des prescriptions qui modifient la situation juridique des personnes autres que les destinataires immédiats. Pendant très longtemps, la réponse était négative. Il y a eu une évolution sur la base qu'en fait il arrive que des circulaires ajoutent à la loi ou au règlement. Or, la circulaire est plus ou moins suivie par les agents de l'administration. La jurisprudence a décidé qu'elle pouvait avoir un caractère réglementaire. Ceci est pour permettre aux administrés de s'opposer à l'administration.

Le seul problème est celle de la procédure et de la compétence. C'est un droit réglementaire qui n'a ni la forme d'un décret ou d'un arrêté car il n'a pas de publication au Journal Officiel.

Les réponses ministérielles sont les réponses qu'un ministre apporte par écrit à une question que lui a posé par écrit un député ou un sénateur. En effet, les parlementaires ont le droit d'interroger car c'est un des pouvoirs de contrôle. Une réponse ministérielle n'est qu'une opinion. Elle est contraignante pour personne. Mais au-delà de ce formalisme, la réponse ministérielle donne un certain éclairage sur les orientations de la politique du pouvoir exécutif sur une question.

## **II. Les règlements extraordinaires**

Elles tiennent aux circonstances du mélange des genres



### A. Les ordonnances

C'est un acte signé par le Président de la République. Il comporte des prescriptions générales dans le domaine de l'art.34 de la Constitution, i.e. dans le domaine de la loi. C'est donc l'exercice par le pouvoir exécutif d'une compétence législative. Au demeurant, elles requièrent pour être valablement adoptées que le Parlement les ait autorisées par une loi d'habilitation. Donc, le gouvernement, le Président de la République ne peut pas se saisir directement.

Le Parlement est en théorie libre s'il accepte, alors le Gouvernement dispose d'un délai de 6 mois pour adopter les ordonnances. L'ordonnance suppose avant d'être signée en Conseil des Ministres que le Conseil d'Etat a été consulté. Lorsqu'une ordonnance a été signée par le Président de la République, elle est appliquée qu'après publication au Journal Officiel. Cette ordonnance devient caduque s'il n'est pas déposé au Parlement avant l'expiration du même délai un projet de loi de ratification.

Si le projet de loi est déposé, l'ordonnance conserve sa nature réglementaire jusqu'à l'adoption de la loi de ratification. Cela signifie donc qu'en tant que règlement, elle peut être déférée au Conseil d'Etat. Dès lors que l'ordonnance a été ratifiée par une loi, elle devient une loi. Elle peut être alors déférée au Conseil Constitutionnel.

Quelle est l'explication de cette innovation de la Constitution de 1958 ? En effet, elles ont été créées avec l'art.38. Il s'agit d'un renforcement du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif. La XIIIème législature a vu les différents gouvernements publier près de 250 ordonnances qui ont modifié du droit électoral, du droit du travail, du droit de la sécurité sociale, du droit des suretés. Il y a eu une sur utilisation des ordonnances lors de cette législature. De Gaulle a aussi utilisé beaucoup d'ordonnances.

Avant la Vème République, dans les années 1920, on a vu des décrets-lois. Le système est le même. Le Parlement permettait au gouvernement d'adopter une loi qui préfigurait les ordonnances. L'intérêt des ordonnances c'est l'économie du débat parlementaire, c'est donc un facteur de célérité, mais surtout un facteur de cohérence. En effet, le débat parlementaire comporte un risque réel de dénaturation des textes par le droit d'amendement.

Le bilan du droit d'amendement est négatif. Les services du Parlement sont des services mal formés en terme juridique. Les amendements ne vont pas souvent dans la qualité du texte. Il y a une utilisation

### B. Les décisions de l'art. 16 de la Constitution

L'art.16 de la Constitution dispose :

*« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel.*

*Il en informe la Nation par un message.*

*Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.*

*Le Parlement se réunit de plein droit.*

*L'Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. »*

Il peut prendre les mesures exigées par ces circonstances. La loi fondamentale n'en dit pas plus. Il peut prendre toute mesure sans s'occuper si c'est du domaine de la loi, du décret, sans consultation. C'est exécutoire. Ça a des côtés dictatoriaux. Il ne faut pas oublier que c'est la constitution du général De Gaulle.

## **8. La Codification**

Elle désigne l'opération de rassemblement d'un ensemble de règles de droit dans un document unique qui assure une présentation rationalisée de ses règles.

La codification répond en tout cas dans sa conception première à une exigence d'accessibilité, de plus grande accessibilité au droit ou à une partie du droit. Elle s'est développée spontanément dans les sociétés chaque fois qu'il y a eu un volume de règles suffisamment important et une stabilité sociale et politique qui ont fait naître le besoin de mettre de l'ordre.

Mais à partir ou sur la base de ce besoin et de ce premier objectif, un deuxième effet se révèle, il y a une recherche d'une plus grande intelligibilité. Si on prend le mot comprendre, l'étymologie, c'est « prendre avec ». Prendre avec, c'est le rassemblement organisé des sources pour une meilleure compréhension du droit. En effet, lorsqu'on met à plat toutes les règles et qu'on essaie de les organiser pour les faire entrer dans un code, on cherche les liens, les complémentarités, etc. qui existent entre ces règles.

Elles sont saisies non plus sur leur individualité, la codification révèle du système juridique, révèle l'interdépendance des éléments du système. Elle permet de révéler les contradictions et donc en mettre fin. Il y a donc une double dimension dans cette opération de codification.

Il est vrai que dans un certain développement de la codification, on peut l'associer, en France, à un phénomène qui va plus loin que la mise en ordre. Elle a pu être l'occasion d'une réforme systématique du droit. L'exemple est les codifications napoléoniennes, i.e. celles qui ont été initiées par Napoléon à l'aube du XIXème siècle. Parmi ces codifications, c'est la codification civile.

Aujourd'hui, il y a deux sens de la codification :

- traditionnelle de compilation
- réformation

### **La codification compilation**

C'est la plus ancienne, c'est la codification dans son sens premier. L'exemple historique est celui des codifications romaines de la fin de l'Empire romain qui portent des noms d'empereurs alors qu'ils n'ont été que des impulsions politiques. Ces codifications interviennent à la fin de la période romaine et elles illustrent le besoin de compilation. A l'occasion des codifications romaines, les auteurs, qui étaient des jurisconsultes, ont élaboré un plan pour mettre en ordre. Le plan Caius regroupait le droit en 3 catégories : les personnes, les choses et les actions en justice. C'était un regroupement pédagogique et non pas normateur. C'était une classification thématique.

Si l'on saute de plusieurs siècles, on observe que depuis 25 30 ans, un renouveau de la codification compilation. Face à la plétarde de droits, les gouvernements conscients de cette masse se sont

tournés vers la codification depuis les années 1980. On a établi une commission supérieure de la codification composé d'un administrateur civil, on lui a demandé d'élaborer des projets. Ces projets ont été élaborés sur des thématiques qui dépassent les thématiques traditionnelles de la codification. Les codes classiques sont des codifications par discipline (c.civ, c.pp, c.pén). Les codes modernes sont pour certains des codes disciplinés (c. pté intellectuelle) et dans d'autres cas des activités (c. aviation civ.) ou des biens (c. pensions civ. Et militaires). Il y a une absence de rationalité thématique. On n'a pas choisi un critère unique.

Cette codification compilation a pour 2ème caractéristique de créer un droit constant. Elle prend l'ensemble des lois et décrets et les mets en ordre même si cette commission constate des contradictions, des insuffisances, des obscurités. On n'a pas demandé à cette commission de faire un travail critique. Cela donne une kyrielle de codes. Aujourd'hui, sont en vigueur le code de l'action sociale et des familles, le code des assurances, le code de l'aviation civile, le code de la consommation, le code de la construction, le code de la défense, etc.

Cette codification compilation elle est évidemment loin d'avoir la qualité des compilations romaines. En effet, elle aboutit à une rationalisation très limitée. Pour rationaliser le droit par la codification, il faut prendre des thèmes plus larges. La deuxième limite est que comme elle ne s'accompagne d'aucune réforme, elle ne supprime pas la cause essentielle des droits modernes, i.e. sa médiocrité. Si on voulait remédier, il faudrait confier à une personne ou un organe, le soin de donner un travail critique. Sous cette réserve de taille, elle a néanmoins l'avantage du rassemblement matériel. Le droit devient moins difficile d'accès.

### **La codification réformation**

La codification est parfois l'occasion de réformer le droit. Ce fut le cas au XIXème siècle. Le projet de Code Civil des Français est depuis 1790. Simplement l'instabilité politique fait qu'aucun des projets ne pourra être adopté, promulgué et appliqué. Mais le travail est préparé. Napoléon crée une commission de 4 jurisconsultes : 2 de droit coutumier et 2 de droit écrit, le plus célèbre est Portalis. Exilé pendant la Révolution, il s'agit d'un homme remarquable pour assurer au Code Civil la gloire qu'on a assuré. Lorsque ce comité est formé, ils vont puiser dans les projets intérieurs.

Evidemment, ce n'est pas la codification de l'ancien droit mais pas non plus du droit produit pendant la révolution. C'est un droit qui va puiser à plusieurs sources pour essayer de correspondre aux besoins du début du XIXème siècle de la société. C'est une œuvre qui est une synthèse dans les valeurs et les sources. Le projet est élaboré rapidement. Le conseil d'Etat a donné un avis favorable. Si le divorce sera inscrit dans le Code Civil, c'est sous la pression de Napoléon que le divorce a été inscrit.

Ce code qui est promulgué en lois successives, il s'appelle d'abord le Code civil des français, puis Code Napoléon puis sous la Restauration on lui donne le nom de Code Civil. Puis lors des Cent Jours, on remet définitivement le code Napoléon.

Napoléon : *«Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires ; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil.»*

C'est une œuvre réussie par sa forme car elle est rédigée dans une langue claire mais efficace. Stendhal disait même qu'il lisait les 4 ou 5 pages du Code civil avant d'écrire la *Chartreuse de Parme*.

C'est aussi un ouvrage qui doit sa réussite à sa synthèse. C'est un code qui fait une fausse synthèse car tantôt il est progressiste, tantôt est rétrograde. En matière économique, il est plutôt libéral car il va favoriser le développement de l'outil contractuel. De la même façon, elle marque une modernité dans le domaine des biens. Le droit ancien avait une vision féodale où l'on avait multiplié les propriétaires sur un même bien. Ceci fut un frein économique. Le Code Civil abolit le régime féodal des biens. La propriété est une et indivisible. On consacre fortement ces acquis révolutionnaires. Dans la famille, certains droits acquis sont inscrits. La réserve héréditaire est le mécanisme par lequel chacun des enfants a une part irréductible. C'est le moyen d'éviter le rétablissement du droit des naissances.

En même temps, et à contrepoint, le Code rompt avec la révolution en matière de relation conjugale. Le code revient à la puissance maritale et à la puissance paternelle qui est venu du droit romain. La femme mariée, devient juridiquement incapable au nom de la vision traditionnelle. Il faudra le milieu du XXème siècle pour que sa situation soit la même que celle des hommes voire même 1985 (pour gérer les biens communs avec son mari).

Pour les enfants, ils sont sous l'autorité du père. Il faudra attendre 1970 pour que l'on abolisse la puissance paternelle au profit de l'autorité parentale. Quant aux filiations, le code renoue avec la vision traditionnelle. Il faudra attendre 1993 pour qu'on ouvre totalement l'action en recherche de paternité. En 2000, la France a été par la CJCE, elle rétablie la règle selon laquelle un enfant naturel adultérin, dont l'un des parents était dans les liens d'un mariage avec un autre, voyait sa part successorale divisée par 2.

C'est un code qui est loin d'être homogène dans ses orientations. Mais va être une œuvre réussie et va être diffusée une grande partie de l'Europe. Les conquêtes coloniales ont aussi diffusé le code civil. Les pays d'Amérique latine s'en sont saisi du Code Civil car ils en ont eu le symbole de la révolution française. C'est un code qui a connu une aura importante. C'est le premier code moderne.

Aujourd'hui le code civil a vieilli même s'il a été considérablement modifié notamment dans le droit des personnes, de la famille notamment depuis le milieu du XXème siècle (divorce). En 2005, on a supprimé la distinction entre filiation.

# Leçon III : Les sources du droit

---

## 1. Le droit jurisprudentiel

### Notion

La jurisprudence désigne un triple phénomène.

Le premier sens, la jurisprudence, c'est l'ensemble des décisions de justice rendu par l'ensemble des juridictions sans distinction (juridiction civile, administrative, constitutionnelle, européenne, communautaire, etc.), c'est donc une masse de jugements, i.e. la décision d'un juge.

Le deuxième sens, la jurisprudence est la source.

Ex : « Selon la jurisprudence ... » ; « La jurisprudence dit que ... »

Dans un troisième sens, elle désigne certains jugements seulement, ceux qui ont fait jurisprudence, i.e. ceux qui acquit une autorité qui dépasse le cadre particulier qui les a fait naître.

Tout jugement est une décision rendue entre des parties. La plupart du temps, ces partis s'affrontent, on dit qu'elles sont en litige. Cela signifie qu'elles sont en désaccord à un ou plusieurs intérêts respectifs. Parfois, ils ne sont pas en litige, on dit alors que ce jugement est gracieux, on va utiliser l'autorité du juge en lui donnant une officialité utile à sa mise en œuvre.

En toute hypothèse, le jugement est une décision particulière. La loi, le décret se définissent comme des prescriptions impersonnelles notamment la loi. Le jugement est personnel. Un tel jugement a pu exister dans l'histoire, on l'appelle arrêt de règlement, i.e. une sorte d'annonces d'informations contraignantes. Elle a pu exister en France quand le droit, même général, qu'aux partis des tribunaux. Avec la Révolution, on l'a contesté à cause des effets néfastes et on a dans le prolongement interdit l'arrêt de règlement dans l'art.5 du c.civ.

L'art.5 du c.civ dispose : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* »

Le jugement ne concerne que les personnes concernées y compris dans les pays qui pratiquent les actions de groupe (*class action*), i.e. action en justice d'une personne au nom d'une catégorie de la population qui va profiter aux gens qui sont dans cette catégorie pour favoriser les consommateurs. C'est un moyen de rééquilibrer les relations entre les consommateurs et les producteurs. En France, l'action de groupe est un serpent de mer. L'action personnelle vise des personnes dument identifié.

Dans le troisième sens, c'est un jugement qui va être autorisé. C'est de là que réside le cœur du phénomène. Il pose le problème du statut de la jurisprudence parmi les sources du droit. La jurisprudence est elle une source du droit. Il faut distinguer en précisant s'agit-il d'une source de droit

### a) Une source de droit particulière

Pour les partis au litige, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une source de droit, i.e. un organe ou une procédure qui est apte à modifier une situation juridique. Chacun d'entre nous a une situation juridique. Chaque fois que cette situation peut être modifiée par un organe ou un phénomène quelconque, il peut être une source de droit.

Si c'est un jugement qui la modifie, pour toutes les parties à un litige, le jugement peut être une source particulière. A l'égard des parties au procès, le jugement est une source de droit mais particulier. Si l'on pose la question si la jurisprudence est source du droit, on ne songe pas à cet aspect. En effet, le droit est tout autant dans la décision particulière.

### b) Le jugement est il source vraie ?

Dans notre système, le jugement n'a pas pour but premier de produire des règles. En outre, la tradition n'est pas de favoriser la création de règles par les juges. Dans le système de *common law*, le juge contribue à produire des règles. Le précédent, c'est l'autorité qui est attaché à ce qui a été déjà jugé. Mais tout ce qui a été jugé n'a pas valeur de règle forcément. Tout ce qui a été pris par une cour supérieure sont imposées à juridictions inférieures les jugements antérieurs. Cela veut dire que s'il y a un conflit, les avocats vont chercher un précédent où ils vont se disputer sur si on est dans la même situation. Si la situation est la même, le juge sera contraint d'appliquer la même décision.

En France, un tel système n'est pas en vigueur, il ne l'est pas sauf dans un cas. La Cour d'Appel ou la juridiction de renvoi après que la Cour de Cassation a statué en assemblée plénière, cette juridiction de renvoi doit se soumettre à la décision rendue par l'assemblée plénière. A part cette situation particulière, il n'y a pas le mécanisme du précédent.

- Cela n'empêche pas les juges de s'inspirer les uns des autres. Il n'empêche qu'il y a une tendance naturelle de considérer des cas identiques.
- Le phénomène complémentaire, de l'obscurité de la loi : Le juge est obligé de statuer, de se conformer aux règles de droits. Mais elles ne sont pas toujours disponibles. Il y a des questions qui n'ont pas fait l'objet de discussions. Il y a des cas où le droit est insuffisant.

En effet, l'art. 4 du c.civ 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.*»

Le juge a donc deux contraintes : Il ne doit pas s'abriter que derrière la loi et il n'a d'autre voie que de la compléter ou d'en suppléer la carence. Quand aucune loi n'existe sur ce cas, le juge, à ce moment là, doit se référer dans ces motifs à ce qu'il considère comme étant la règle. Certes après le procès, cette règle va disparaître. L'insuffisance de la loi ne justifie pas que la création du droit par le juge. Sauf que si la loi est silencieuse, le juge va se référer à des cas précédents. En effet, ce cas peut se généraliser par la répétition.

- La hiérarchie juridictionnelle. Pour des raisons de bonne administration de la justice, il y a une hiérarchie naturelle. Tout naturellement parce que la juridiction supérieure est constitué de magistrats plus vieux, plus expérimentés. Le territoire de compétence renforce cette éminence. Le rôle de la Cour de cassation favorise la formulation de propositions à caractère général, i.e. la production de véritables règles. La cour de cassation a pour rôle est de juger les jugements. Elle est gardienne de la loi dans l'ordre juridictionnelle. Elle a été créée pour lutter contre l'arbitraire des juges. Mais, le style des arrêts de la cour de Cassation est un style qui de tout temps a été aussi épuré que les lois elles-mêmes. Quand elle vérifie, elle va rappeler d'abord la loi. On trouve toujours un rappel de ce qu'est la loi. Comme c'est la cour de cassation, elle a autorité. Ce n'est pas obligation mais un certain nombre de facteurs incite à la répétition. Un juge quelconque qui intervient va se dire que s'il dit le contraire, il sait que sa décision risque d'être cassée. Une formule générale de la cour de cassation est une autorité très proche d'une règle de droit. La cour de cassation est en quelque sorte une source de prescriptions générales. Le précédent s'impose en réalité dans les faits.

## 2. Le procès

*Au deuxième semestre, il y aura un cours d'institutions juridictionnelles qui donnera des détails de l'organisation juridictionnelle et les grandes étapes de la procédure civile.*

C'est un cheminement qui a un point de départ qui est formel qui n'est pas la naissance factuelle matérielle du litige ou du problème mais la naissance officielle, i.e. la saisine de la juridiction. Le terme, l'aboutissement n'est pas seulement la décision rendue mais c'est la dernière décision rendue ou l'épuisement, i.e. l'extinction de la possibilité d'exercer un recours. Ce délai est expiré quand un recours n'a pas été utilisé, on peut considérer que l'instance a pris fin.

Dans certaines matières, tout ne s'arrête pas là notamment dans le droit pénal. Dans le droit pénal, il y a une juridiction de la peine. Dans ce cas là, on peut considérer qu'il y a une certaine poursuite, un nouveau procès qui continue. En droit civil, quand un jugement a reconnu à quelqu'un quelque chose, il peut se poser un problème d'exécution, i.e. le contentieux de l'exécution. Entre les deux, ce sont différentes étapes qui sont préétablies, c'est un cheminement selon un schéma organisé. Les étapes sont identiques jusqu'à qu'une loi la change.

La raison d'être de ce cheminement est parce que tout est censé d'être construite, conçu en vue de l'objectif qui est celui du procès. Juridiquement, pourquoi le procès est conçu tel ce cheminement ? On espère qu'avec cheminement, on trouvera la vérité, i.e. la rencontre nécessaire entre la situation particulière et les règles et les principes juridiques qui la régissent. Tout est organisé pour cette rencontre. Il faut cette rencontre, i.e. transformer ce fait brut en un discours épuré, ramené à l'essentiel, au cœur des faits, cela suppose des échanges de pièces, des expertises.

Dans le même temps, on va aussi faire le travail du haut vers le bas. On va aller chercher les lois qui y régissent. On va ensuite les expliciter. Le raisonnement commande de les interpréter ainsi et pas autre. Quand on a fait ces deux discours, la rencontre a lieu, c'est le jugement.

La procédure a un sens, elle a une raison d'être. Sa valeur dépend de son aptitude à cette rencontre. C'est une discipline juridique. Le jugement est une alchimie magique quelque part, produit entre mélange de faits et de droit. En effet, la solution est autant dictée par les faits que par le droit. Le talent de la dimension artistique du droit est de bien connaître les faits, de bien l'interpréter. Il y a un côté mécanique et froidement magique et un côté contingent, hasardeux, profondément humain qui est fait de doutes.

Chaque pays, chaque système a pris des orientations qui ne sont pas identiques. Il n'y a pas une forme définitive de procès. Il y a des procès formalistes d'autres non. Parfois le juge peut avoir un grand rôle. Il y a des systèmes où l'on favorise toutes les recherches de la vérité. On a derrière cela, la part qu'on accorde à l'aveu.

### I. L'action en justice

L'action en justice est une voie de droit qui est ouverte à un sujet pour la protection d'un droit ou d'un intérêt légitime. Autrement dit, cela suppose des conditions et des modalités

#### A. Les conditions d'action en justice

Pour pouvoir agir en justice il faut 3 conditions : l'existence d'un intérêt, l'existence d'une qualité, l'existence d'une capacité.

**a) L'existence d'un intérêt**

Il y a une formule qui dit : « Pas d'intérêt, pas d'action ». L'intérêt, c'est l'élément de la situation du sujet qui est juridiquement reconnue et protégée par le droit et dont l'effective reconnaissance passe par une intervention juridictionnelle. Cela veut dire qu'il faut qu'il existe actuellement une atteinte ou une menace à l'égard d'un intérêt au sens qui vient d'être indiqué. Ce n'est pas seulement la situation du sujet, mais aussi un élément contrarié par autrui en général. Nous avons beaucoup d'intérêts qui ne constituent pas d'intérêt processuels. Cette atteinte peut être potentielle mais encore faut-il montrer la présence d'une menace actuelle. Donc, la première chose à vérifier est l'existence d'un intérêt qui doit être personnel, né et actuel. La plupart des intérêts prennent l'aspect d'un droit subjectif mais tout ne prend pas l'aspect d'un droit subjectif. Cette atteinte est consécutive d'une atteinte à son intérêt. L'intérêt peut aussi être économique, matériel, moral, cosmétique.

**b) L'existence d'une qualité**

Seule peut agir en justice la personne concernée par l'intérêt lésé. Nul en France ne plaide par procureur. Celui qui déclenche l'action en justice ne peut être que les représentants légaux ou la personne concernée. L'avocat représente le plaideur, la partie victime de la lésion d'un intérêt à condition que ce soit bien cette partie qui ait enclenché l'action en justice. Dans certains cas, les créanciers d'une personne sont autorisés à agir à sa place quand cette personne n'agit pas et que cette absence est nuisible pour le créancier. Donc, c'est une action en justice, une action en justice oblique (art.1166 c.civ).

**c) L'existence d'une capacité**

La capacité juridique c'est l'aptitude qui est reconnue au personne d'exercer des droits et des facultés juridiques. C'est une conséquence de la personnalité juridique, ce n'est pas une conséquence absolue. Il faut noter que les personnes qui sont déclarés incapables, ne peuvent pas agir en justice car ils ne peuvent en principe rien faire c'est le cas des mineurs ou des majeurs en régime de tutelle.

**B. L'action de la justice**

La procédure civile, c'est le procès qui oppose deux personnes en conflit à un intérêt particulier. Il faut bien comprendre que classiquement, que les intérêts soient particuliers va colorer l'ensemble de la procédure civile. Même si le procès est un service public, mais quand les intérêts sont privés, ceci est différent. Dans ces cas là, l'enjeu du procès a conduit en France à donner un rôle actif au juge.

Un procès civil suppose une initiative d'une des deux parties et cela exclusivement. Cette initiative consiste à saisir officiellement la juridiction et à y attirer devant elle la force des choses l'adversaire. Par un acte juridique, on crée un lien d'instance qui consiste à placer cet adversaire devant le juge que celui qui agit pour que le juge tranche le litige. Celui qui a l'initiative du procès est le demandeur. Il va formuler une demande. Celui qui subit la demande s'appelle le défendeur.

Le défenseur est celui est concocté par une partie pour léger la conduite de cette action. Un avocat comme défenseur peut être du côté du défendeur que du demandeur. Le demandeur peut certes jouer, prendre l'option de l'abstention matérielle mais ceci est insuffisant à empêcher le cours de la justice. Le défenseur, peut quand c'est injustifié, proclamer la procédure abusive. Le défendeur qui s'abstient sera jugé par défaut avec tous les inconvénients d'une absence de défense.

En matière civile, il ne faut pas parler de plainte, la mise en examen, ils sont du domaine pénal. En droit civil, il faut comprendre le procès comme un débat devant le juge.



L'acte par lequel on déclenche une instance, soit c'est une assignation (acte d'huissier) devant le Tribunal de Grande Instance, c'est une citation. A-t-on besoin d'un avocat en matière civile ou pénale ? On ne force pas l'avocat face à la complexité du droit.

## **II. L'action de la justice**

### **a) L'instance**

En matière civile, c'est tout ce qui prépare le jugement, ce qui en est le terme. Il y a un échange de pièces et de prétentions qui sont destinés à exposer et discuter les arguments. Le demandeur, une fois qu'il a assigné va délivrer ses arguments. Pour accélérer aujourd'hui, on demande de présenter l'instance dès l'assignation. Le défendeur dispose d'un délai pour répondre qui sont précisés par un juge, notamment en TGI, il y a un juge de la mise en état. Ce juge fixe des délais, vérifie le respect et accorde des prolongations.

En civil, le grand principe, est le principe de la procédure accusatoire, i.e. seuls les partis ont la direction du procès. Cela veut dire qu'elle donne l'orientation qu'elle décide ensemble mais rare ou séparément. Le juge civil n'est pas là pour enquêter, rechercher, d'avoir l'initiative. Aujourd'hui on peut demander au juge qu'il appuie une demande à l'autre partie.

Si les parties sont d'accords, le juge s'inclinera. Une fois de plus, il ne faut pas oublier que l'intérêt général n'est pas vu directement. Il y a aussi un autre principe qui est qu'aucun argument de fait de droit ne peut être jugé s'il n'a pas été soumis à l'autre partie, c'est le principe du contradictoire, on discute. On rejette une pièce si elle n'a pas été fournie à l'autre partie. En effet, le juge clôture les débats à un moment, c'est l'audience.

L'audience est ouverte à n'importe que et est orale. L'ordre de la parole est arrangé. Le ministère public peut toujours intervenir. Certains conflits peuvent effectivement intéresser l'ordre public, c'est là où le ministère public peut intervenir. Le juge quand à lui distribue la parole et il doit toujours chaque fois qu'un avocat s'exprime permettre à l'adversaire de répliquer.

Dans les conclusions chacun développe des arguments. Il peut parfaitement dans les cas que la demande soit celle qui est initiale, le défendeur peut devenir demandeur dans les arguments. Chaque fois que le défendeur formule une demande, on dit que cette demande est reconventionnelle, ce n'est pas la réfutation.

### **b) Le jugement**

C'est la décision proprement dite.

#### **Le délibéré**

Dans la procédure, dans l'idée de procédure, il y a l'idée de délibéré, i.e. période de la clôture des débats jusqu'à la lecture de la décision. Elle est consacrée à l'évaluation, l'appréciation des demandes et des moyens de défense et l'élaboration proprement dite de la décision. Mais cette période peut être ramenée à un délai très bref. Il est courant que le juge délibère immédiatement dans le cas de contentieux d'importance moindre. C'est le délibéré sur le siège. C'est aussi dans le cas des contentieux familiaux. Les délibérés sur le siège a l'inconvénient et l'avantage de la rapidité. En effet, la distance, le recul sont des fois importants. Il arrive parfois que le délibéré ait lieu le jour même.

Quand la décision a été arrêtée, décidée, c'est alors la lecture en séance publique. Elle va se cantonner qu'aux dispositifs. En effet, il y a 2 phases. Il y a la décision proprement dite qui arrive à la fin. C'est le dispositif. Ce dispositif est fréquemment est précédé de la formule. Auparavant, dans

la première partie, il y a la présentation d'éléments préalables nécessaires à savoir la présentation des personnes et le lieu de jugement. Mais il faut aussi identifier les parties. Il faut ensuite identifier la cause. Il faut identifier les intérêts et le litige, les motifs pour lesquels on a saisi la justice. Le jugement, l'arrêt expose les demandes et les arguments des parties. Le résumé est important car en matière civile, le juge doit répondre au ministère public. Il vient ensuite, la discussion, le juge va donner ses arguments, ce sont les motifs. Il permet de justifier les dispositifs, tout doit être motivé. Ensuite, le juge donne l'ensemble des arguments qu'il retient. Une fois que le juge a prononcé, il faut communiquer le jugement. C'est le travail du greffe. Il doit être signé par les magistrats. Il incombe ensuite aux parties de se communiquer la décision.

#### Les voies de recours

Il est rarissime qu'une décision de justice rendue par une juridiction quelconque soit inattaquable. Il y a des voies de recours qui permettent de rejurer entièrement l'affaire et l'autre qui permet de juger les jugements.

##### - Les voies de recours ordinaire

Elle l'est lorsqu'elle correspond à une nécessité de principe. La possibilité de recours doit être ouverte par principe. Il y a l'appel, i.e. la saisine d'une juridiction supérieure qui va connaître l'intégralité de l'affaire. Elle va rejurer. C'est en général la Cour d'appel qui est compétente. L'appel est une voie de réformation. On va confier l'affaire à une cour pour revoir l'affaire. La cour peut reconfirmer en grande partie ou une petite partie, elle peut aussi infirmer. Globalement, il y a à peu près 60% de confirmations de l'appel. En effet, il est plus confortable de confirmer.

Il y a une deuxième voie qui est l'opposition. C'est la voie de recours exercée par une personne. Si le jugement a été rendu par une personne, c'est pour une bonne ou une mauvaise raison. (...) C'est une voie de recours ordinaire car la seule condition est de démontrer qu'on a subi un jugement en son absence.

Dans les deux cas, ces voies de recours doivent être exercées dans le mois à compter de la notification

##### - Les voies de recours extraordinaires

Elles le sont car elles ont un objet limité. C'est le pourvoi en cassation. C'est un recours exercé devant la Cassation pour un jugement qui n'est plus susceptible d'Appel, en dernier ressort. La Cour de Cassation juge sur les jugements. Elle est là pour vérifier que les juges ont agi conformément à la loi. La méfiance à l'égard des juges a conduit à la création de cette Cour. Quand on fait un pourvoi, on va critiquer le jugement rendu. On va le faire à condition de pouvoir le faire en trouvant des griefs qui correspondent à un cas d'ouverture à cassation. Le délai de formation est de 2 mois à compter de la notification. Le siège est à Paris.

Il y a aussi 2 voies de recours :

- Le recours en révision. Il suppose qu'on puisse se faire valoir au moment du litige, des faits qu'on a découverts. Si on les avait découverts on aurait changé le sens de la décision. Il y a un filtrage assez étroit. Le délai est de 2 mois à la découverte des faits sur lesquels on s'oppose.
- La tierce opposition. Ils sont ouvert à ceux qui ne font pas partie du jugement mais qui sont néanmoins susceptibles d'être menacés ou lésés par ce jugement parce qu'il rejaillit sur leur situation personnel. Le délai est de 30 ans.

Lorsque les délais d'exercice de l'ensemble des recours sont expirés, on dit que le jugement ou l'arrêt a l'autorité de la chose jugée. Il devient inattaquable sauf aux Cours internationales. Pour appuyer ce caractère inattaquable, on dit que le jugement est tenu pour la vérité (*Res judicata pro veritate habetur*).

### 3. Les juridictions

#### I. Les juridictions internes

Il y a en France 4 ordres de juridiction :

- Judiciaire
- Administratif
- Constitutionnel
- Politique

##### A. L'ordre juridictionnel judiciaire

Elle va être envisagée du point de vue de son organisation puis de son personnel

Dans l'ordre juridictionnel judiciaire. La matrice commune des actions en civil et pénal a débouché sur une proximité maintenue entre le civil et le pénal.

##### a) Les juridictions du fond

On désigne par juridiction du fond toutes celles qui ont pour compétence de juger directement l'affaire. Il évoque la plénitude, i.e. la connaissance des faits et des droits

##### a) Juridictions civiles du premier degré

Ils se distinguent entre juridictions civiles de droit commun et juridiction d'exception. Les juridictions civiles de droit commun sont compétentes pour connaître toutes les affaires qui se ramènent à un thème, i.e. tout le contentieux civil. C'est le tribunal de grande instance. Il a succédé en 1958 aux tribunaux civils. Il y en a un par département. Suivant les contentieux, les tribunaux sont divisés ou non en chambre. Ils sont regroupés en sous disciplines. Le TGI (Tribunal de Grande Instance) est normalement une juridiction collégiale. C'est une grande vertu de la justice car elle permet de nuancer les passions humaines. Pour des raisons d'économie et de rapidité, on a multiplié les juges uniques. Le contentieux familial ou de divorce sont fait quasiment par un juge unique. Le TGI est compétent pour connaître de toutes les actions civiles sauf celles qui en raison de la modicité des enjeux en cause ont été transférés à des juridictions inférieures comme le TI (Tribunal d'Instance). Par ailleurs, bien qu'il existe des juridictions autres, il a une compétence exclusive dans les matières qui sont les plus sensibles en matière civile comme le statut des personnes, la propriété immobilière. Au-delà d'un certain montant, il statue en dernier ressort

Le TI a succédé au Juge de paix en 1958 qui était une juridiction de proximité. Il a une compétence basique pour connaître les actions immobilières inférieures à 10.000 €. Le TI en outre a une compétence privilégiée en matière de location immobilière, de pensions alimentaires, de certaines saisies. Il est composé d'un juge unique ils sont rendus en dernier ressort jusqu'à un certain montant. Il existe 470 TI. On a créé pour désengorger le juge d'instance, une juridiction de proximité jusqu'à 4.000 €, il est composé de magistrats soumis à des conditions assouplies, ils ne sont pas recrutés à l'ENM.

Le président du TGI est également une juridiction d'exception, Il a pour action de connaître les actions en référé. C'est une procédure accélérée en urgence. C'est la vocation d'une formation particulière. Comme les décisions en référé, c'est une juridiction d'exception.

Le Tribunal de Commerce est composé de juges qui ne sont pas des magistrats, i.e. dont la profession n'est pas d'être juge. Ce sont en réalité des citoyens en l'occurrence des commerçants. Ils sont élus par et parmi les commerçants en raison du souhait de favoriser une bonne corrélation entre le jugement et le milieu professionnel. Il a l'inconvénient de conduire la justice par des personnes qui ne sont guères aguerris de la chose juridique. C'est dans l'ensemble lourd d'inconvénients alors que les questions sont très complexes. La complexité leur échappe. Mais le véritable mal est que les Tribunaux de Commerce sont vérolés par des réseaux qui utilisent la justice de manière détournée. La justice consulaire est une justice gangrenée. Un avocat, Arnaud Montebourg, un peu excité avait sous l'époque de Jospin a voulu le supprimer. Il connaît les litiges entre commerçants, des litiges qui intéressent les actes de commerce, entre sociétés commerciales et les procédures collectives.

Le Conseil de Prud'hommes est la juridiction qui est chargée de connaître les litiges entre employeur et salariés. Il est composé à part égal. La justice prudhommale est marquée par le paritarisme. C'est une justice qui comme elle est paritaire suscite la question du partage des voix car les nombres sont pairs. Les conseillers prudhommaux qui ne parviennent pas à s'accorder, doivent faire appel par un juge d'instance, un rôle départiteur.

Le Tribunal paritaire des baux ruraux. C'est un tribunal qui est composé à part égale de locataires.

Le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale (TASS) est une juridiction échevinale qui pratique le mélange des juges non magistrats et des juges magistrats. Sa fonction concerne le contentieux de la Sécurité Sociale.

#### B) Les juridictions pénales du premier degré

Les juridictions pénales de droit commun. Les infractions pénales désignent les fautes qui attentent à une valeur sociale (vie, monnaie, défense). Elles connaissent une hiérarchie. On distingue en classe. Les plus graves sont les crimes. En dessous, il y a les délits. Au bas, il y a les contraventions (1<sup>ère</sup> à la 5<sup>ème</sup> classe). En fonction de cette classification, les juges ne sont pas les mêmes. Les crimes sont jugés par une juridiction de droit commun, c'est la Cour d'assises, il y a 3 magistrats et 9 jurés. Ils pratiquent l'échevinage. Les arrêts de la Cour d'Assise ont ceci de singulier qu'ils ne sont pas motivés. Pourquoi ? Etant donné que la Cour est composée du peuple, il n'y a pas besoin de motivation. Pendant très longtemps, ces arrêts n'étaient pas susceptibles d'appel. Depuis une dizaine d'années, on a créé une juridiction d'appel, c'est la Cour d'appel départementale.

Le Tribunal correctionnel est le TGI statuant en terme pénal.

Le Tribunal de police est le TI statuant en terme pénal.

Le Juge des enfants est compétant pour les infractions de 5<sup>ème</sup> classe ou un délit, il échappe au TI. En effet, on estime qu'à en dessous de 13 ans, il est impossible. Il est composé de magistrats assistés d'assesseurs (psychiatres, assistants sociales). Ils jugent comme le juge des enfants à chaque fois qu'il a envoyé au tribunal des enfants. Il ne peut que prononcer des mesures éducatives. Par ailleurs, le Tribunal pour enfants juge les mineurs de moins de 16 ans pour un crime. Pour un mineur entre 17 ou 18 ans, c'est la cour d'assises des mineurs qui est saisie. Elle est composée de 3 magistrats, de 2 juges pour enfants et 9 jurés.

La Cour d'Assises des terroristes est quant à lui composée de 7 juges. Elle est saisie en raison de la nature de l'affaire mais aussi les crimes militaires en temps de paix.

#### γ) Juridictions du second degré

Le double degré de juridiction est un principe fondamental du droit qui exprime la conscience de la difficulté de rendre la justice et la relativité des décisions de justice. En principe une décision rendue au premier degré est susceptible d'un appel. Evidemment, il est incompatible avec le double degré de juridiction par ceux qui l'ont déjà jugé. Chaque fois qu'une décision est rendue à titre provisoire, le juge peut la modifier. Il existe 30 Cours d'Appel et 3 dans les DOM-TOM.

L'Appel a un effet suspensif, i.e. la décision ne peut pas être exécutée. Si elle est confirmée, elle prendra après la décision d'appel. Mais, si tel est le principe, parfois le juge décide l'exécution nonobstant, on dit que c'est un jugement à titre provisoire. Il le fait en conscience que c'est la décision est suffisamment solide que les risques d'infirmité soient faibles et qu'il y aurait plus d'inconvénients de la suspendre qu'à ne pas la suspendre. Le Président de la Cour d'Appel peut la suspendre.

La Cour de Cassation est l'organe judiciaire suprême. Elle est composée de 6 chambres. 3 chambres civiles qui se répartissent le contentieux civils, 1 chambre commerciale, 1 chambre sociale et 1 criminelle. Il existait la chambre des requêtes qui était un filtrage des pourvois.

#### *b) Le personnel*

Il y a les magistrats et les auxiliaires.

##### Les magistrats

Il y a le magistrat professionnel et les juges non professionnels

Les magistrats est dont la profession est de rendre la justice (Catégorie A). C'est un concours calqué sur le modèle de l'ENA. Les jeunes étudiants qui présentent le concours sont issus de formations où on leur apprend à avoir une connaissance superficielle des choses et du droit en particulier. La maîtrise de la complexité n'étant pas vérifiée. Les magistrats professionnels se répartissent entre 2 catégories : les magistrats du siège (qui jugent assis) et du parquet.

Les magistrats du siège sont indépendants dans l'art.64 de la constitution, ils sont inamovibles. Ces garanties sont réelles mais sont insuffisantes. Comment assurer une promotion dont l'aspiration est légitime tout en gardant l'indépendance ? La qualité première d'un magistrat est une exigence de l'ordre des valeurs.

Les magistrats du parquet tiennent leur nom du fait qu'ils exercent leur profession en se tenant debout. En effet, ils constituent les représentants de la société. C'est la société qui poursuit le prévenu en la personne du magistrat du parquet. Le parquet est un corps de fonctionnaires hiérarchiques. Ils prennent des ordres auprès du ministère de la Justice. Le parquet est totalement subordonné au pouvoir exécutif. Pour exprimer cette subordination, la parole est libre mais la plume est cerne. Tout ce qui est réquisition est soumis, cerne. Cela ne les empêche d'exprimer leur point de vue. En dehors de cas où il est requérant, il peut estimer le point de vue général. Il arrive de temps à autre que le ministère public se présente dans une séance privée pour former un point de vue.

##### *Le système de la justice mixte*

Les tribunaux consulaires, conseil prudhommaux sont constitués de non magistrats.

### *Le système d'échevinage*

On mélange magistrats et non magistrats

Les auxiliaires

#### *Internes*

- Les greffiers : Ils ne jugent pas, ils assistent les juges d'un point de vue matériel pour prendre des notes dans les cabinets, pour les jugements aussi.
- Administration pénitentiaire.

#### *Externes*

- Les avocats : Ils contribuent à l'activité juridictionnelle. Ils représentent les parties. Ils les assistent. Ils expriment les situations factuelles, les arguments qu'ils les soutiennent. En matière civil, les avocats jouent une activité considérable car 9 fois sur 10, l'activité consiste à reprendre les arguments des avocats. C'est une profession libérale. Elle pratique une certaine auto discipline, une certaine auto juridiction.
- Les avoués : Ce sont des professionnels du droit se bornent dans les actes procéduraux. C'est un corps spécialisé dans les actes de procédure. Les avocats ont obtenu que la fonction d'avoué leur soit donnée sauf en matière d'appel où ils subsistent. C'est une charge ministérielle. Ils sont nommés par décision contrôlée.
- Les huissiers. Tous les actes de procédures sont portés par l'huissier. Ils ont la possibilité d'exercer une partie de la force publique. Ce sont des auxiliaires de justice.

B.

- a) La cour d'appel

### *Partie sautée*

## **II. L'ordre juridictionnel administratif**

### **A. Les organes**

Elle connaît les contentieux qui opposent administration nationale, i.e. service ministériels et assimilés et administrations locales. La faculté d'Université est une administration. Si on conteste une décision, on va saisir le tribunal administratif. Le contentieux s'est développé quand l'Etat intervenait de plus en plus. Elle prend des formes diverses et variées et qui génère un contentieux. Certains actes vont révéler du juge civil.

Elle est composée de 3 niveaux :

Les tribunaux administratifs

Au bas de l'échelle, ils sont au nombre de 29 qui remplacent les conseils de préfecture. Donc, ils connaissent tous les contentieux administratifs. Ils statuent tant en appel ou en dernier ressort. Il y a un président et des Chambres. L'un des juges a un titre singulier, qui est celui de Commissaire du Gouvernement. C'est une mission d'expertise qui est la sienne. Il donne un point de vue non contraignant. Il joue un rôle d'expert juridique. Les juges statuent souverainement. Il les invite à le suivre mais pas à la façon du parquet. Très souvent les tribunaux suivent l'avis du Commissaire mais ça n'est pas systématique. Il faut savoir qu'avant d'être des juridictions, c'étaient des organes consultatifs.

#### Les cours d'administratif d'appel

Elles ont été créées en 1987 pour désengorger le Conseil d'Etat. Il n'y a pas de cloisonnement entre les administrateurs civils. Ce sont des fonctionnaires dans la fonction de juger (ENA, IRA). Pendant très longtemps, la tradition juridictionnelle n'existait guère en matière administrative.

#### Le Conseil d'Etat

C'est le successeur du Conseil du Roi qui était l'assistant juridique du Roi lors de la monarchie française. C'est un organe qui a gardé les traces de sa mission administrative. Il est composé d'essentiels énarques. Parfois, on invite des experts non énarques, des professeurs de droit privé. Cette juridiction a développé un contentieux qui d'abord consiste à juger les décrets par conséquent en premier ressort. C'était pendant très longtemps l'Appel des Tribunaux administratifs. Le Conseil d'Etat a aussi un rôle de cassation des arrêts des tribunaux administratifs.

### **B. Les actions**

Le contentieux se divise en deux :

#### La légalité

Contentieux objectif car il s'attaque non pas à des comportements personnels mais à des actes juridiques. Par exemple, si on conteste une décision prise par une université. Il permet de faire annuler les actes que l'on estime contraire à la légalité. Le plus important est le recours pour excès de pouvoir. Il est fondé du mauvais emploi par l'auteur. C'est l'incompétence, la violation des formes, le détournement de pouvoir, l'erreur sur les motifs. Il existe d'autres recours au titre du contentieux de la légalité

#### Le contentieux de pleine juridiction

Contentieux en responsabilité. On va cette fois ci mettre en cause le comportement d'une personne morale de droit public à raison du comportement de tel ou tel personnel. Il joue en matière contractuel ou aussi hors contrat (accidents de voirie).

### **III. La juridiction constitutionnelle**

Il est composé du Conseil Constitutionnel. Il a été inventé en 1958. C'est une juridiction qui a été inventée afin d'assurer le respect de la Constitution par le pouvoir législatif. Elle a aussi pour mission les contentieux des élections et la constitutionnalité des lois. S'agissant des élections locales, ils sont de la compétence du Tribunal Administratif. Cette création participe à l'encerclement du parlementarisme. Jusqu'en 1958, on ne se posait pas la question de la constitutionnalité. En effet, on avait une idée que la loi était infaillible. Du fait que la constitution était comme la loi une volonté du peuple, elle ne pourrait être nulle.

Il est composé de 9 membres inamovibles nommés pas tiers par le Président de la République (3), le Président de l'Assemblée Nationale (3), et le Président du Sénat (3). Les anciens présidents sont aussi membres. Le président du Conseil Constitutionnel est nommé par le président de la République. Il a pour mission de vérifier automatiquement ou non la constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Depuis une réforme de 1974, on a autorisé un groupe de 60 députés et/ou sénateurs et non uniquement les présidents (du Sénat, de la République ou de l'Assemblée Nationale). Depuis 1974, c'est l'opposition qui a trouvé le moyen de faire valoir les pouvoirs de la minorité pour faire sanctionner l'acte de la majorité. On est à un âge où le juridique s'autonomise de la politique en posant des principes. Depuis 1974, le Conseil constitutionnel a à diverses reprises censuré le Parlement dans la mesure où il a annulé tel ou tel article de loi. C'est un acte très grave. Il y a peu de censures. Avec cette jurisprudence s'est développée une jurisprudence constitutionnelle et

des principes constitutionnels se sont développés. Aujourd'hui il n'existe pas pour les particuliers la possibilité de recourir au Conseil Constitutionnel.

L'exception d'inconstitutionnalité est un moyen de défense qui repose sur l'affirmation du caractère inconstitutionnel d'une loi. Si on pouvait faire valoir, il est inévitable qu'aucune loi serait considérée inconstitutionnelle et on limiterait encore le pouvoir du Parlement. Les membres d'un organe qui a adopté un texte de loi demandent à un juge de constater que ces textes ne soient pas constitutionnels. Qui vient défendre ce texte devant ce même conseil ? C'est le gouvernement qui n'est que l'initiateur. Il va se comporter alors comme des auteurs du texte. C'est une jurisprudence hybride car judiciaire mais aussi politique. Les raisons qu'on arrête ou non une loi ont des raisons politiques et juridiques.

#### IV. L'ordre juridictionnel politique

La justice politique c'est la justice qui a pour mission de juger les personnes investies d'une mission de représentation qui ont failli dans l'exercice de cette mission. La constitution organise la mise en cause de différents organes. Ce sont le président et les organes. La Haute cour pour le président.

La Haute Cour a pour mission de destituer le président de la République quand il a manqué à ses devoirs de manière incompatible avec l'exercice de son mandat. Il est présidé par le président de l'Assemblée Nationale. Il est composé de représentants du Parlement. Le président bénéficie d'une immunité totale lors de son mandat. Elle est imposée par la séparation des pouvoirs. Au-delà de ces considérations, on a une volonté de respect de la fonction et des affaires bien connues qui ont conduit à s'interroger sur la question de la convocation du Président de la République.

L'art. 67 de la constitution dispose :

*« Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.*

*Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.*

*Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions. »*

Pour les membres du gouvernement, la responsabilité pénale au titre des actes commis dans l'exercice de leur fonction relève de la Cour de Justice de la République. Il comprend 12 parlementaires élus (6 députés et 6 sénateurs) et 3 magistrats du siège à la Cour de Cassation dont le Président de la Cour. Quand un crime a été commis, ils sont jugés dans cette Cour dans le cadre de l'exercice de leur fonction sinon ce sont les juridictions ordinaires.

#### V. Les juridictions supranationales

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) est complétée d'un Tribunal Premier d'Instance des Communautés Européennes (TPICE). Ce sont les juges des différents pays du droit communautaire. Son siège est à Luxembourg. Ils sont assistés d'un avocat. Elle est peut être saisie par les européens. Ils peuvent faire un recours en annulation d'une décision. On peut saisir la CJCE pour des carences. Elle peut être saisie pour action d'un Etat membre de manquement, notamment de transposer directives et règlement communautaire.

Par ailleurs, la CJCE peut être saisie par les juges internes. C'est l'action en interprétation. C'est un moyen d'unifier l'interprétation du droit communautaire. Sinon le risque de disparité serait



important. On a élaboré un système moins contraignant. Cette interprétation du traité fait force obligatoire. Par conséquent, il convient d'en tenir compte. La CJCE a un rôle important dans la construction européenne.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a été créée par la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le cadre du Conseil de l'Europe (47 membres). C'est une instance où l'on adopte des traités sur la bioéthique, sur les échanges familiaux. Cette juridiction peut être saisie par n'importe quel sujet de n'importe quel Etat membre qui remet en cause la responsabilité de l'Etat quant à l'application de ce traité. S'il y a violation, la CEDH condamne l'Etat à l'indemnisation. Elle est constatée après avoir été invoquée par un juge national. On peut le faire surtout à l'occasion d'un procès. On peut porter l'affaire juste dans la violation de la convention. C'est à partir de la critique d'un jugement national qu'on attaque à l'Etat. Si elle fait droit à la demande, elle ne rejuge pas l'affaire mais elle va condamner l'Etat à des dommages et intérêts et il doit s'engager à modifier son droit. L'Etat s'engage de ne plus juger comme avant. Si jamais il s'y refuse, il y a rejugement. Aujourd'hui dans le droit communautaire, et européen, ce sont des sources dynamiques du droit français.

## Leçon IV : Les sources du droit (C)

---

Nous allons étudier les sources périphériques.

### 1. Les principes

Ce sont des énoncés qui se situent à la jonction entre les valeurs et les normes. Les principes ont un caractère juridique et normatif. Mais celui-ci fréquemment, cette nature de norme juridique va très fréquemment s'exprimer indirectement à travers ou par le biais de l'inspiration d'autres normes inférieurs ou de décisions de justices. On peut trouver à maintes reprises dans une certaine hypothèse, des principes sur une décision particulière. Donc, les principes peuvent agir directement. Il en est ainsi parce qu'elles sont à la jonction entre les normes et les valeurs. Les valeurs ont une importance : Le droit n'est pas donné, extérieur à l'esprit et à l'histoire de l'activité humaine, c'est tout l'inverse, il est le produit d'une culture, d'un contexte, d'un milieu. Le droit est donc le prolongement des valeurs dans l'ordre de l'organisation sociale. Il est le bras armé des valeurs, il est ce par quoi les valeurs punissent un groupe humain, se maintiennent et se diffusent. Les principes ont une particularité d'avoir une double dimension : être dans les valeurs et d'être déjà juridique. Il faut avoir dans la tête, qu'on va rencontrer les principes, qui ont le côté indéterminé et flou des valeurs et déjà les traits de la règle qui pose des conditions et qui déduit des conséquences. Toute règle de droit est composée du moment de l'hypothèse et la conséquence ou l'imputation. Dans les principes on trouve ces deux temps de la règle mais de façon molle parce que les principes sont à la jonction.

#### I. Typologie des principes

Une des premières distinctions qui intéresse les principes est le caractère non écrit, i.e. ils ne proviennent pas d'une opération de législation, d'écriture. En effet, une autorité a décidé de rédiger des règles principiels. Ils sont présents d'une manière diffuse et sont progressivement formulés par la doctrine savante d'abord et ensuite par la jurisprudence très souvent aiguillonnée par la doctrine.

Pax exemple, en 1892, la Cour de Cassation a formulé le principe d'équité naturel en vertu duquel que nul doit s'enrichir au détriment d'autrui. Au XXème siècle, plusieurs décisions de la Cour de Cassation ont énoncé un principe d'unicité des patrimoines.

La plupart des principes sont ainsi venus à la vie juridique. Le but de la jurisprudence est de les révéler, de les dégager d'une multitude de règles particulières. Un jour, la jurisprudence va le reconnaître tel quel, il n'y a pas eu de création, mais rien de nouveau. Quand un principe est formulé, il pourra dorénavant rayonner dans tout le système juridique. Il pourra être invoqué dans les situations où aucune loi spéciale ne réglait selon ce mode la situation. Donc, la formulation du principe participe de son élaboration en ce qui permet la généralisation virtuelle. C'est une étape ultime de l'élaboration, c'est un acte différent de celle de la législation. Précisément, une partie des principes sont plus ou moins soumis à la procédure législative.

Par exemple, en 1971, le Conseil Constitutionnel a érigé en principe, la liberté d'association. Le dernier en date est le principe de précaution qui a été créé par une décision de 2005 où l'on a adossé à la constitution qui fait injonction à toute personne publique ou morale, l'élaboration des risques. C'est un mouvement important de la régulation sociale.

C'est un principe d'origine législative. Il est venu à la vie juridique lors de sa formulation écrite même s'il faut préciser qu'avant 2005, l'idée de précaution n'était pas ignorée. Avec l'écriture de ce principe, il y a accélération de ce principe.

La deuxième distinction est celle des principes fondamentaux aux principes législatifs. Une certaine hiérarchie inter existe qui est sans doute le reflet des valeurs dont ils font l'expression directe et active.

Les principes fondamentaux sont ceux qui sont au fondement de l'ordre social et plus près des valeurs sociales. Ils connaissent un développement important depuis que le Conseil constitutionnel était autorisé les formuler depuis la décision de 1971. Le Conseil Constitutionnel a créé une nouvelle catégorie juridique : les PFRLR. Ils s'agissait par là de considérer qu'avant la République de 1958, une certaine tradition constitutionnelle antérieure avait conduit à la création des principes que le juge constitutionnel pouvait formuler pour compenser qu'il n'avait pas été énoncé dans les textes fondamentaux.

Par exemple, en 1994, le Conseil constitutionnel a reconnu la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement qu'on ne trouve dans le bloc de constitutionnalité. Mais avec les contextes historiques, il en a formulé ce principe.

DUDH : 1848

A côté des principes fondamentaux, il y a des principes législatifs qui n'ont des valeurs au niveau des lois au sens formel, i.e. le législateur lui-même peut méconnaître mais qui sont imposés au pouvoir exécutif. On peut ajouter des distinctions secondaires :

- L'objet des principes : il y a des principes dont l'objet est plus ou moins général. Le principe de dignité est appelé à s'appliquer dans toutes les situations possibles. En revanche, en prenant le principe de libre-concurrence, n'est qu'un aspect de la vie sociale, la sphère de la distribution de la richesse. Mais on ne va pas l'appliquer dans les services publics. On voit bien que le domaine d'un principe n'est pas intangible.

- Il y a des principes qui ont pour objet direct d'ordre social d'autre de technique juridique. Par exemple, il y a un principe en droit qui dit *celui qui a le premier droit a le droit le plus fort* ou la loi spéciale déroge à la loi générale ou le parallélisme des formes.

## II. L'autorité des principes

Les principes juridiques sont des règles de droit. Ils ont donc les traits des règles de droit, ils sont obligatoires et leur méconnaissance a pour conséquence une sanction. Ils ont beau être à la jonction, mais ils sont normatifs ce qui justifie.

Les principes se situent dans une certaine position hiérarchique. La pluralité des types de sources imposent leur coordination par la hiérarchie. Les principes fondamentaux ont la force de la constitution. Les principes législatifs sont sanctionnés par la loi. Chaque fois qu'un décret viole, il est nul et peut être recouru pour excès de pouvoir.

L'autorité des principes doit être envisagée de leur façon d'être réalisé, de leur point de vue de leur efficacité. A cet égard, une constatation s'impose, les principes sont efficaces parfois directement et d'autres fois indirectement. L'efficacité directe est quand une situation juridique est déterminée par un principe, i.e. chaque fois un sujet de droit peut invoquer le soutien de son action tel ou tel principe. Ce n'est pas une hypothèse exceptionnelle même s'il est vrai que la plupart du temps, il faut au moins une législation d'accompagnement.

Par exemple, nous sommes réunis et nous sommes notamment parce qu'il y a un principe positif qui est la liberté d'aller et venir.

Il reste que le principe de la liberté d'aller et de venir serait rien sans les dizaines de lois et de décrets qui organisent le transport ferroviaire, routier, fluvial ou aérien. De toute façon, la plupart du temps, les principes ont souvent rôle d'inspiration que d'action directe. On retrouve la double dimension. Mais il ne faut pas penser que les principes ont une manifestation directe.

Un principe est l'expression normative. Un principe ne peut être limité que par un autre principe. Ce sont des valeurs fondamentales. Etant précisé en pratique, on a une tendance de limiter les principes quand on détaille sa mise en œuvre.

Comment sanctionner les lois qui dénaturent ou qui porte atteinte ce principe ? C'est le problème du recours, quand un acte réglementaire viole un principe législatif, il y a possibilité de recours, pour les lois qui viole un principe, c'est le Conseil Constitutionnel pour inconstitutionnalité ou exception d'inconstitutionnalité. Sinon on peut invoquer cette violation devant n'importe quel juge.

Par exemple, le CNE a violé à un principe stipulé par l'ordonnance 158 de l'OIT.

## 2. Le droit coutumier

La coutume est un droit singulier car ce n'est pas un droit légiféré mais tout au contraire, c'est un droit diffus. Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas de place, mais peu de place pour un tel droit dans une société comme la notre. La coutume est un phénomène qui est aujourd'hui marginal et qui n'est pas appelé à se reformer à nouveau. Il faut distinguer 3 dimensions :

- La pratique : ce qui se fait sur la base de ce qu'on croit devoir faire par nécessité, par utilité, par conformisme. La pratique est l'attitude annotée par les agents.

Pour qu'elle devienne du droit, il faut passer à une autre dimension : l'usage.

- L'usage. C'est un pur fait qui relate un comportement, qui pourrait devenir normatif et qui ne l'est pas actuellement. L'usage et la coutume va par répétition se transformer en règles.

## I. La formation du droit coutumier

### A. Un comportement

Il se décompose en 2 moments :

- La création d'une solution. Il faut qu'une solution nouvelle soit créée. La spontanéité est le contraire de l'obligation. Il y a coutume quand rien n'y oblige une personne invente une solution à son propre égard. La coutume est l'action spontanée.
- La répétition. Il n'y a pas de coutume sans répétition. Cette répétition doit être le fait de tous les personnes classées dans la même situation que celui du premier qui a appliqué la solution par imitation, par conformisme, par crainte, etc. Ce groupe va être plus ou moins large. Il y a des coutumes qui concernent un territoire particulier, ce sont les usages locaux. Il y a des usages professionnels. Il y a des usages nationaux comme celle qui voulait que la femme mariée prenne le nom de son mari.

### B. La conviction

Il faut qu'à un moment que tous les membres du groupe finissent par avoir la conviction qu'on n'a plus le choix. On reçoit la solution comme obligatoire. La coutume est devenue une règle quand on a le sentiment de l'obligatorité. A ce moment là, on peut dire qu'une coutume s'est forgée encore qu'il faut apprécier les choses.

## II. La situation du droit coutumier dans le système juridique français contemporain

La coutume a pour règle d'être le produit du corps social des sujets qu'elle régit. De point de vue de sa légitimité, elle émane des sujets du droit. Elle a pour inconvénient sa formation progressive et donc lente et qu'elle est une pratique répétée.

Au XVIème siècle, on a commencé à écrire les coutumes dans les pays du nord. Le problème de la durée nécessaire à la formation des coutumes. Les anglais disaient que les coutumes devaient être immémoriales. En réalité, tout est histoire de corrélation. Il faut une certaine durée. Mais dans certains secteurs professionnels, il y a des règles, cela contribue à la sécurité des coutumes. C'est pourquoi le c.civ a décrété l'abrogation de toutes les coutumes civiles. Elle prend la place des coutumes civiles. Celles qui étaient contraires étaient supprimées. Mais elle n'a pas interdit la formation de nouvelles coutumes. Mais cela entend l'idée d'une place moindre à la coutume.

- Un véritable droit

Il n'est pas interdit qu'en France contemporaine sauf celles *contra legem*. Des fois, on rencontre des règles qui prennent le contrepied de la loi comme le don manuel alors qu'elle est interdite. Pourtant une certaine pratique très répandue consiste à donner de l'argent de la main à la main mais la jurisprudence a validé.

Quand il y a 2 personnes est débiteur, il y a la solidarité passive. C'est le cas où plusieurs codébiteurs pourront être tenus de payer la totalité des créances. Le c.civ 1202 dispose qu'un principe les dettes ne sont pas solidaires et la solidarité ne se présume pas car c'est une charge. Malgré ce texte, une coutume existe où il existe une solidarité entre commerçants.

La plupart des coutumes sont *secudum legem*, i.e. complète la loi. Les usages locaux jouent un rôle de complément.

Ou encore *praeter legem*, i.e. au côté de la loi, lors du silence de la loi comme le nom de la femme mariée. C'est un véritable droit.

Le juge constate la coutume mais il n'est pas l'ultime rouage de la coutume. Une fois qu'il a fait ce constat, il va en tirer une règle. Naturellement, la position de la coutume ne la met pas à l'abri d'une neutralisation par la loi. En effet, la coutume est un droit marginal. Elle rappelle que les sources du droit son diverses mais elles occupent une place secondaire par le fait qu'une loi peut prendre le contre-pied d'une coutume.

Si une coutume est contraire à al loi se tient encore en place, c'est parce que la loi le veut bien.

Jusqu'en 2005, l'enfant prend le nom patronymique. Mais progressivement, les enfants peuvent choisir le nom de l'un ou l'autre. La coutume n'a pas un grand espace.

### 3. Le droit consultatif

La consultation, c'est l'interrogation officielle privée ou publique adressée à une personne dotée d'une certaine expertise ou en tout cas un organe qui a une légitimité et on attend une réponse qui a un caractère en général non contraignant. Ils émettent des avis ou des opinions. Le droit consultatif est composé des opinions qui sont obtenues d'une personne ou d'un organe au terme d'une certaine procédure plus ou moins développée qui régit tant la demande que la réponse. En effet, dans bien des cas, on ne peut agir en produisant une norme qu'après avoir consulté une instance quelconque.

Par exemple, le gouvernement doit consulter le Conseil d'Etat quand il veut adopter un décret en Conseil d'Etat.

D'autre fois elle la rend libre mais elle organise la réponse. C'est un droit qui est un peu organisé dans la production mais toujours aboutit à une simple opinion en principe, mais parfois c'est une autre opinions ou qui doit être suivi (avis conforme).

Le problème est son autorité. Il appelle 2 réponses : La réponse formelle : le droit consultatif n'est pas contraignant. Le but est d'obtenir un avis. Dans certains cas, la demande d'avis n'est pas obligatoire. Tout est donc non contraignant, c'est un droit qui est donc aux antipodes des règles de droit. Pourtant il faut compléter, sinon nuancer, que cela ne veut absolument pas dire que les avis ne soient dépourvus de portée. Les opinions des instances consultatives sont en fait fréquemment suivies. C'est donc un droit qui fonctionne par l'autorité que dégage soit son origine soit son contenu. Son origine, c'est l'organe qui émet un avis. Par exemple au procès, un expert. Le poids des experts est considérable. La connaissance technique donne une autorité naturelle qui passe outre le caractère non contraignant. A côté cette qualité de l'organe, il y a la qualité de l'avis. L'avis ne contraint par sa seule force mais si elle est convaincante. Un certains nombre d'avis vont influencer le droit par la qualité de leur contenu. Au final du coup, cela nous oblige de relativiser l'opposition entre droit formel et droit informel. Mais tout ce qui n'est pas du droit formel n'est pas pour autant sans effet. A coté du droit formel, il y a un droit moins formel qui va influencer les décisions, les comportements individuels et la fabrication du droit.

## 4. Le droit savant

Le droit savant, c'est le droit qui est restitué, formulé parce qu'on appelle la doctrine qui dérive de *docteur* qui est lui aussi dérivé de «savant ». C'est un groupe informel qui désigne l'ensemble des personnes dont l'activité, permanente ou ponctuelle, est d'analyser le droit, les phénomènes juridiques.

Le discours doctrinal peut être réparti en 2 grands types :

- L'enseignement : discours oral qui soutient les manuels, les traités et toutes les publications d'enseignement y compris les plus incertaines, inattendues.
- La recherche : discours plus spéculatif qui constitue l'autre volet, plus éminent, de l'activité doctrinale qui justifie avec l'enseignement dont on finit à intégrer la doctrine dans les sources du droit.

### I. Le statut formel

La pratique du droit ne nécessite pas un doctorat. Le discours des docteurs ne comporte que des opinions. Ces opinions qui n'ont aucun caractère contraignant. A mille occasions, dans d'autres cours, il y a des opinions émises par les professeurs. Si elles ne sont pas suivies, aucune sanction n'est attachée. Elles ont tout l'aspect de l'opinion mais elles n'ont que l'autorité de leur qualité. Un docteur ne fait des adeptes, fait autorité que sa force de conviction des propos. A partir de là, un processus va s'initier qui est uniquement indirect à travers les manuels, les contributions. Tous les supports d'opinion vont proposer des idées pour compléter tel dispositif prescriptif. Les praticiens qui sont contacts vont se saisir naturellement de ces opinions pour les transformer en prescriptions. Quand le doyen Carbonnier réforma l'aspect du Code Civil, c'est une loi qui est l'œuvre d'une doctrine. La doctrine a une position originale.

### II. Le statut réel

Il est beaucoup plus fort que son aspect formel. La doctrine est une pièce cardinale du droit. Pour une première raison, elle fait un travail de mise en ordre de sources diverses, d'accessibilité et variées qui sont largement désordonnées ceci est indispensable pour la connaissance du droit, c'est la fonction d'enseignement *lato sensu*. La deuxième raison, c'est la mise en perspective, l'explication, pour décrypter, compléter un discours qui est toujours incomplet, insuffisant. Les praticiens ne peuvent le faire que par l'enseignement doctrinal (consultation). La troisième raison est la proposition. En effet, puis qu'elle a pour activité permanente, de rassembler, d'analyser, la doctrine finit par avoir une vision qui la met en situation de proposer des améliorations, des corrections. C'est une puissante force de proposition où les praticiens puisent. Si l'on enlève ces trois fonctions, le droit certes peut fonctionner mais de façon sommaire. La doctrine perd à rendre fonctionnel aujourd'hui à cause de l'inflation législative. Cela montre qu'au final que la doctrine a un rôle primordial. La doctrine est plutôt dans les sources réelles mais on ne peut se passer d'elle. Sans elle, on aurait un droit brut.

# Leçon V : Les conflits de sources

---

## 1. Notion

Nous avons constaté que les sources du droit ont pour point commun la pluralité. En outre, il n'y a pas un exemplaire par type de source. Il y a des lois, des jugements, des principes, etc. ceci crée un conflit entre les sources, un conflit de sources. Il y a conflit à chaque fois qu'une question donnée est susceptible de recevoir la réponse de 2 ou plusieurs sources positives (en vigueur). Tantôt, elles sont de même nature par exemple, une question peut être entre 2 lois, de nature différente comme une loi nationale face à une directive européenne ou de systèmes juridiques différentes. En toute hypothèse, ce conflit se résout dans les mêmes termes. Il va absolument falloir choisir une seule sauf cas d'identités absolues entre les différentes sources qui en réalité n'existent pas.

## 2. Les conflits entre les différents types de sources

Les conflits entre différents types de sources sont résolus traditionnellement par le mécanisme de la hiérarchie mais aujourd'hui ce mécanisme présente des mécanismes.

### I. Le principe du règlement hiérarchique

L'idée que les sources n'ont pas la même autorité formelle, i.e. en fonction de leur forme, elles sont dans une position différente, n'est pas vraie en tout temps. C'est un mode de règlement qui est lié à un moment de l'histoire qui se caractérise par un souci de rationalisation et par le fait certaines sources avaient une position éminente. Autrement dit, la hiérarchie se conçoit où seule une source est centrale, qui est la loi. La modernité a placé la loi au cœur de la fabrication de la règle formelle. En effet, la loi se prête à exprimer la volonté du souverain surtout un souverain devenu le peuple, i.e. démultiplié dans la personne de tous les citoyens. Donc, autour de la loi, s'est construite une hiérarchie dont le pilier sont la loi (législatif) et les décrets (exécutif). Les décrets sont en dessous des lois, cela veut dire que s'il y a contradiction, c'est la loi qui prime sur le décret car le décret est considéré comme un agent d'exécution de la loi. Avec le décret, tous les actes du pouvoir exécutif sont placés dans la position inférieure à la loi et dans la hiérarchie interne. Les arrêtés des agents locaux sont en principe ne viennent pas en contradiction, mais s'il y a contradiction, l'arrêté est placé dans une subordination.

En le prolongeant, on arrive dans les actes particuliers où l'on trouve les contrats qui sont au pas de l'échelle qui doit respecter ce qui est au-dessus parce que la hiérarchie est du particulier au général. Dans le système moderne, on donne un large espace aux particuliers mais l'on donne en échange plus d'autorité aux généraux.

L'art.6 du c.civ. dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »

Le règlement d'entreprise régit ceux qui fréquentent l'entreprise, n'est pas du pouvoir général, c'est donc un pouvoir réglementaire privé qui place cet acte sous tous les actes réglementaires publics. S'agissant de l'hygiène, c'est le règlement intérieur qui domine sur le contrat de travail sinon c'est le contrat de travail qui domine.

Au-dessus de la loi, on trouve la constitution qui est en réalité est une loi. Elle est éminente, elle est donc supérieure à la loi ordinaire. Ceci ne résout pas la question des sources supranationales (traités

et droits communautaires). Elle est résolue par l'art.55 de la Constitution. Il place le traité entre la constitution et la loi. Les directives et les règlements bien que non ratifiés, s'insèrent dans l'ordre communautaire qui est intégré dans les ordres nationaux. Elle a le statut le droit communautaire au niveau des traités. Les principes législatifs ont l'autorité de la loi. Par la seule connaissance de la forme de la norme, on est en mesure de résoudre les conflits. La résolution hiérarchique est indépendante d'une appréciation qualitative elle repose d'une présomption irréfutable que parce qu'elle est supérieure, elle est meilleure. C'est une des critiques. Dans bien des cas, il a fallu tenir en échec une loi à cause d'un principe constitutionnel. La hiérarchie a l'avantage de la simplicité et donc de la sécurité et aussi de toute façon, cette plus grande éminence des normes supérieures n'est pas démentie par la réalité. Quand une constitution deviendra contestable, la loi prendra le dessus.

## **II. La mise en œuvre de la hiérarchie**

La mise en œuvre de la résolution hiérarchique des conflits comme de tous moyens de les résoudre suppose un agent spécialisé, c'est le juge. Rien n'est effectif sans le juge parce que ce n'est pas un autre. Cela veut qu'il entre dans la compétence de différents organes. Le juge administratif connaît des conflits entre le règlement et la loi. Si dans un domaine de l'action administrative, il y a contradiction entre une loi et un règlement, on va saisir le juge administratif qui est habilité à trancher soit pour recours pour excès de pouvoir ou l'exception d'illégalité. Le juge judiciaire peut le faire quand une personne est poursuivie par un juge pénal dont le support qui a pour source un règlement, est organisé par un décret ou un arrêté pour neutraliser dans un cas particulier un arrêté illégal. Le juge administratif et le juge judiciaire sont habilités à juger sur des contrats contraires à un règlement par nullité. Pour ce qui est du respect de la loi de la constitution, les choses sont moins évidentes, il y a un juge dont la vocation est de connaître la constitutionnalité du conseil constitutionnel de la loi entre le moment d'adoption et la promulgation, peu de lois sont soumises au conseil constitutionnel. Il y a peu de moyen d'afficher l'inconstitutionnalité de la loi. C'est le paradoxe du droit français positif. C'est un défaut du droit français qui relativise la hiérarchie. Est-ce encore une hiérarchie ?

C'est pourquoi on parle aujourd'hui d'ouvrir aux justiciables un moyen de défense qui permet d'invoquer l'exception d'inconstitutionnalité. Mais le juge ne pourrait pas se prononcer lui-même. Il faudra qu'il saisisse le conseil constitutionnel et il va devoir proposer une question. Par la proposition de Balladur, on veut conserver l'interprétation du Conseil Constitutionnel. Si la proposition Balladur est votée, soit il va y avoir un filtrage extrême, non transparent. Sinon dans l'autre cas, il va y avoir submergence de requêtes ceci pourrait ralentir les procédures judiciaires.

Question de la primauté des traités sur la loi. Ça se complique tellement. Comment la suprématie est respectée ? Il faut répondre en plusieurs temps. D'abord, il y a effectivement une attribution. En vertu de l'art.55 les juridictions judiciaires se sont reconnues le pouvoir de faire respecter le droit international par l'arrêt Jacques Vabres qu'il soit classique (CEDH) ou moderne (droit communautaire dérivé). Il en résulte une situation tout à fait remarquable où un juge national, le plus basique, peut décider qu'un article viole la CEDH et donc écarter des débats. Dans la vision classique, la loi est au cœur des sources. Il y a une concurrence aujourd'hui entre la souveraineté supranationale et la souveraineté nationale. Lorsqu'on s'interroge sur la question des relations entre la constitution et le droit international classique ou communautaire, est ce que le juge constitutionnel peut vérifier qu'une loi est conforme à un traité notamment au droit communautaire dérivé. Le conseil constitutionnel est réticent à ce contrôle, il le renvoie au juge judiciaire ou administratif. Mais depuis quelques années, il a amorcé une petite révolution qui consiste qu'une loi de transposition ne viole pas cette directive. Le juge constitutionnelle devient un instrument de la suprématie du droit communautaire à l'occasion du constitutionalisme. Par ailleurs, le Conseil



d'Etat évolue lui aussi vers un examen progressif du respect par les règlements de partie du droit communautaire qui n'a pas été transposé dans le droit national. Ceci explique la difficulté de la hiérarchie. Si l'on pousse au bout la logique de l'intégration européenne il faut admettre qu'une constitution nationale se trouve dans une large mesure inférieure par rapport à l'ordre constitutionnel communautaire. En effet, quand la CJCE affirme que le droit communautaire s'impose dans les ordres supranationaux : elle s'impose sur les lois mais aussi sur la constitution. En effet, la constitution est traditionnellement le sommet de la pyramide interne, admettre le droit communautaire fait que la constitution n'est plus au sommet. C'est pourquoi le Conseil Constitutionnel ne veut pas. Dans la logique européenne, le juge est un agent de cette hiérarchie communautaire. La CJCE a imposé aux juges nationaux que toutes lois nationales ne violent pas le droit communautaire. Mais elle se heurte aux nationalismes judiciaires mais le mouvement est dans le recul constant du nationalisme juridique. On va vers un Etat fédéral.

### 3. Les conflits au sein des mêmes sources du droit

Il arrive que dans une même source, qu'il y ait un conflit parce que 2 lois apportent une réponse différente à une question. Il y a ici un même principe.

#### I. Le principe de la spéciale emporte sur le général

*Specialia generalibus derogant*

Cela veut dire que lorsqu'une disposition comporte dans son hypothèse. Lorsqu'un article de loi dans son hypothèse définit un nombre de cas ayant tel contour (ex : les époux ou les personnes vivant en couple) et l'autre comporte une détermination une espèce du genre (ex : les personnes mariées), la seconde est spéciale par son hypothèse, i.e. par le type de sujet par lequel elle s'adresse. S'il y parvient, il appliquera mécaniquement comme la hiérarchie, la loi spéciale indépendamment de sa qualité. Ce qu'on pourrait disputer. En pratique, il est parfois difficile de déterminer si une loi est spéciale ou générale.

*Prior tempore*

La loi la plus récente domine. Quand y'a-t-il conflit de lois dans le temps ?

Situation juridique :

- On opère une distinction : constitution de la situation et effets.
- Puis : situation contractuelle ou non-contractuelle.

#### II. Les solutions

L'art.2 c.civ dispose : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

Un auteur Paul Roubier, juriste du XXème siècle a développé une nouvelle théorie en se fondant sur la situation contractuelle et les autres. Il estimait qu'il fallait donner une autre situation pour ce qui est contractuel. Il faut en effet tenir compte en figeant quelque peu le droit en vigueur ce contrat. Mais lui estime que les situations contractuelles peuvent avoir leurs régimes modifiés s'en sont pris au législateur. Il faut comprendre la raison d'être de la première partie de l'art.2. La loi promulguée s'applique car on estime que si le législateur fait une loi nouvelle et différente, c'est qu'il estime que la loi ancienne n'est plus satisfaisante. Fort de cette idée complémentaire, l'art.2 dit ce qu'elle applique pour le futur mais pas pour le passé. C'est le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle.

### **Premier principe : application directe de la loi nouvelle**

Ce principe il connaît une dérogation et même plusieurs dérogations.

La loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations juridiques non contractuelles pour ce qui est de tous les effets postérieurs à leur entrée en vigueur. Cela veut dire que la loi nouvelle ne revient pas sur les faits passés et s'agissant de la constitution, tout ce qui a été régi sous la loi ancienne sera encore régi.

Pour la prescription acquisitive, il va y avoir une application distributive grâce à la loi nouvelle. Cela veut dire que pour les situations juridiques contractuelles, la loi ne s'applique pas. On parle de survie de la loi ancienne. Pourquoi ? C'est l'expression, la conséquence du respect du contrat comme acte de volonté. Ce principe en réalité participe autant de la non rétroactivité de la loi nouvelle.

Dans quels cas, la loi nouvelle ne s'applique pas aux effets futurs juridiques antérieurs ?

Lorsque la loi est interprétative, i.e. une loi qui est destinée à interpréter une loi antérieure. Le cas d'une loi pénale aggrave la répression. On dit que c'est une loi pénale plus dure. Quand une personne a commis une infraction sous l'empire d'une loi n°1 qui prévoit un certain canton de peine et qu'avant que cette personne a été jugé, la loi aggrave, cette loi nouvelle plus dure ne s'appliquera pas. La loi est figée comme en matière contractuelle.

Il faut combiner ce partage temporel avec l'entrée en vigueur des lois. Cela veut dire que la date d'entrée en vigueur ne correspond pas forcément à la date de publication. C'est une période transitoire dédiée à l'acclimatation du texte. Pendant toute cette période, la loi ancienne survit comme au premier jour. Le point de départ n'est pas celle forcément de la date de publication. Ce n'est qu'à défaut de mention, que c'est à la date de publication.

### **Deuxième principe : La loi n'a pas d'effets rétroactifs**

La non-rétroactivité de la loi est évidemment une exigence fondamentale liée au principe de sécurité, de prévisibilité. Elle participe de l'arbitraire du pouvoir. Ceci étant, classiquement du moins, ce principe n'avait peu d'autorité.

Les limites sont assez disparates. Les limites favorables sont souvent quand une loi pénale allège la peine. Les lois pénales plus douces s'appliquent rétroactivement. C'est une mesure de faveur. Mais on considère que si un moment après, elle n'avait plus de raison d'être.

En matière contractuel, l'application de la loi nouvelle aux effets futurs des contrats passés est une sorte de rétroactivité dans la mesure où l'on ne va pas revenir sur ce qui a été décidé selon la loi ancienne.

Les effets passés de toute situation juridique. Lorsqu'une loi décide que des effets antérieurement produites seront révisées pour être soumises à la loi nouvelle, il y a rétroactivité absolue.

Comment fonctionne la rétroactivité ? Est ce qu'on revient dans le passé ? La réponse est négative. Le passé n'est pas dans la puissance du droit. La rétroactivité, c'est une réécriture présente d'une histoire passée. C'est perturbant car cela contredit les prévisions.

Aujourd'hui il y a restriction des lois rétroactives sauf pour les lois pénales. Cette insécurité a fini par poser des problèmes qui ont conduit à limiter ces droits. La cour européenne autorise que si elle a été adoptée afin de répondre à un impérieux motif d'intérêt général au nom de sa conception des

droits de l'Homme. Ce qui est remarquable, c'est que la cour européenne a étendu cette compétence à la Cour de Cassation sur les lois interprétatives. Ceci réduit les lois rétroactives.

Pour la jurisprudence, lorsqu'un juge statue, c'est dire le droit, c'est dire quand les faits litigieux se sont produits. Il est un effet rétroactif. Parce que le litige est antérieur au jugement, tout jugement est rétroactif. Il y a peu de moyens de lutter à moins refuser la fonction même de dire le droit. Mais, c'est tempérer par observation que le juge ne fait qu'exprimer ce qui est connu. Simplement, entre les simples constats de ce qu'est le droit, de le respecter, il y a une gamme de prudence, de création. Il y a toujours un apport. La cour de cassation qui est la cour régulatrice, exerce inévitablement une fonction créatrice de règles. Elle peut créer des règles. Quand la cour de cassation change de point de vue, il y a un débat. On avait apporté une réponse affirmative. Mais depuis la fin des années 1990, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation influencé par la Cour Européenne, quand le juge change sa jurisprudence, elle peut dire qu'elle s'appliquera que dans les litiges dans le futur. L'avantage est qu'elle permet une plus grande prévisibilité mais elle rapproche le juge d'un législateur.

#### 4. Les conflits de sources dans l'espace

Le droit international privé n'est pas du droit supranational mais celui des situations internationales privées ou publiques. Il règle les conflits. Chaque état développe une règle en cas de situation internationale. C'est un droit qui désigne soit une loi soit un juge quand plusieurs sont en concurrence. Pour qu'une situation soit internationale il faut qu'un élément la rattache à un autre système. C'est la problématique. Les solutions sont nationales. Chaque pays donne sa propre solution. Le droit international privé conduit à la mise en œuvre de droits étrangers sur le territoire national.

Les droits nationaux

Schématiquement, il y a 2 systèmes rattachables. La loi s'applique sur un territoire. La territorialité des lois reste un critère pour des intérêts vitaux (défense, police). Les lois pénales sont territoriales.

Il y a à l'inverse la personnalité des lois, la loi de leur nationalité. On transporte sa loi avec soi. S'agissant des effets personnels, le statut personnel, l'état des personnes, le mariage et la filiation, la France et d'autres pays retiennent le critère de la nationalité. On applique en France pour ce qui est de la nationalité. Pour ce qui est des biens, pour les biens immeubles, c'est la loi de situation de l'immeuble *lex rei sitae*. Pour les meubles, c'est le domicile du propriétaire. Pour les délits, c'est la loi du lieu du délit *lex loci delicti*. Pour les contrats, les parties peuvent choisir leurs droits sinon celle de la prescription caractéristique. Pour les actes juridiques, c'est la loi du lieu où l'acte est conclu (territorialité).

Première précision : selon quelles lois on va qualifier la situation ? On qualifie selon la loi du *for*, du juge. Est-ce qu'on applique la loi qui désigne le conflit ? Il y a une réserve. Ce qui heurte la loi du *for*, ne sera pas appliqué.

Il peut y avoir aussi le problème à propos des juridictions. Il se peut qu'en effet en vertu de l'extraterritorialité, plusieurs juges soient compétents. En vertu des règles françaises, il se peut que dans une situation internationale, on désigne un juge étranger. Ils sont inspirés à la fois des règles nationales et aussi adaptés à la dimension internationale du conflit. Il arrive donc que parfois que le juge français saisi dise qu'il incombe au juge étranger. Etant donné que cette règle est tempérée pour les français où les français doivent avoir la possibilité d'être jugés par les français (art.14 et 15 c.civ)

sachant que le juge français ne va pas forcément appliquer la loi française. Cette règle aujourd'hui a connu progressivement une évolution, elle est en voie d'abandon.

Aujourd'hui les conflits de lois et de juridictions sont résolus souvent par les traités bilatéraux. C'est particulièrement vrai au sein de l'UE où 2 conventions ont été conclues, une en 1968, la Convention de Bruxelles et l'autre en 1981 à Rome. Pourquoi ? Parce qu'à l'époque la compétence était encore limitée. Depuis le traité de Maastricht, durant ces 3 évolutions, c'est maintenant à l'UE de traiter les problèmes. On a transformé les conventions de Bruxelles et de Rome par des règlements qu'on modifie.

Chacun des pays de l'UE a les mêmes règles de conflits de lois et de juridiction si bien qu'on élimine les contradictions. On va désigner la même loi pour un même type de conflit.

# Leçon VI : Les droits subjectifs (A)

---

Notre système juridique issu des révolutions bourgeoises et notamment la Révolution française a mis au centre les droits subjectifs parce qu'il a mis au centre de la vie sociale et du système juridique, la personne et l'individu. La société moderne se caractérise par le fait qu'elle est une société individualiste. L'individu existait autrefois dans des notions plus vastes (famille, harem, etc.). On a fabriqué un instrument nouveau notamment à Rome, le droit subjectif. La réalisation du droit par une décision de l'individu, c'est la décision de l'individu qui déclenche l'acte juridique.

C'est une figure centrale de la modernité juridique. On ne cessera de voir décliner le droit subjectif dans plusieurs aspects.

## 1. Définition

### Section 1 : Les éléments du droit subjectif

#### I. Les éléments constitutifs

Le droit subjectif, c'est une technique qui est constituée autour de l'idée de la prérogative

##### *Prérogatives*

Pour qu'il y ait droit subjectif, il faut qu'il y ait des prérogatives. Prérogatives, c'est en vérité une prétention juridique, i.e. la possibilité juridique d'une personne de faire valoir un certain résultat relatif à une chose ou à une autre personne et de le faire valoir dans l'ordre du droit, i.e. dans une sphère, une certaine sphère d'efficacité. Le contenu des prétentions dépend à la fois de la nature des droits subjectifs qui dépend elle-même de la typologie et aussi de savoir si cette prétention est à l'égard d'une chose ou d'une personne.

Pour résumer l'idée de prétention contenue dans la prérogative, c'est la possibilité d'obtenir un certain résultat. La prérogative renvoie à l'idée de prédétermination. La personne dispose d'ores et déjà d'un ensemble de demandes qui n'ont plus à être reconnus. Autrement dit, la personne n'a pas besoin de faire valoir son intérêt car c'est reconnu par le droit subjectif.

Dans les sociétés primitives, il n'y avait aucun sujet de droit et de droits subjectifs. Moyennant quoi, quand un particulier disait qu'il avait un intérêt lésé, il devait le prouver. Avec le droit subjectif qui s'est formé avec les jugements, on a créé des conditions d'attribution des droits subjectifs. *Prerogare*, c'est pré-demander. Le caractère juridique de la prétention de la prérogative se manifeste par son caractère abstrait. La prérogative est un discours commun. C'est en sens qu'elle a un caractère normatif i.e. Elle s'impose. Elle est juridique car elle est sanctionnée, s'il n'y a pas de respect spontané, j'obtiens par la contrainte.

##### *L'intérêt*

Il n'y a pas de prérogative qui soient destinés qui soit dans l'intérêt. L'intérêt est l'expression de tous les avantages que le système juridique considère comme légitime et d'être promu et protégé. Les avantages sont attachés à des situations qui sont tantôt individuelles tantôt collectives. L'intérêt individuel est l'ensemble des situations personnelles dont la protection est prise en charge par le droit. Dans d'autres cas, la réalisation d'un intérêt suppose la réalisation active d'un soutien. Dans tous les cas, il y a intérêt, si toutes les situations sont reconnues par le droit. Le droit ne subit pas tout, il subit un filtrage même si dans une époque comme la notre, il y a une pression entre les

aspirations individuelles et les aspirations juridiques parce que c'est l'orientation du système. Beaucoup de moralistes le condamnent. Si on reconnaît que notre société est individualiste, on peut le regretter dans son intérieur. Beaucoup d'intérêts individuels sont légitimés par le droit.

Quant aux intérêts collectifs, ce sont les intérêts de collectivités particulières (lucratif ou non, groupements de biens, etc.). Ces rassemblements de personnes et de biens qui est fédéré autour d'un but, transformer la multitude en unités singulière. Dans ce cas là, le groupement de personnes peut avoir des droits subjectifs, on appellera des droits propres d'un groupement. Les droits collectifs n'existent pas vraiment techniquement mais que l'exercice ne peut se faire collectivement (grève). Il ne peut pas exister vraiment car tout droit suppose un sujet.

## **II. Éléments d'imputation**

Un droit subjectif est une prérogative qui ne peut pas exister s'il n'est pas attaché à un sujet de droit. Le sujet de droit est donc le titulaire du droit subjectif, i.e. celui dont ce droit est destiné à réaliser l'intérêt mais en même temps, celui qui va mettre en œuvre le droit subjectif. Le droit subjectif est une potentialité de prérogative d'actions. Il reste largement théorique. Il n'y a pas de droits subjectifs sans sujets et réciproquement. Dans les incapacités, on peut réduire l'exercice des droits à une personne, le priver de l'exercice de tout ses droits. En revanche, on ne peut priver quiconque de la jouissance car elle équivaut à une privation de la personnalité. En France depuis 1848, il n'y a plus d'esclaves, et depuis 1854, la mort civile est supprimée (sauf en cas de déclaration d'absence).

## **Section 2 La spécificité des droits subjectifs**

### **I. Droits subjectifs et liberté**

La liberté, c'est la création d'un espace de souveraineté relativement à un comportement. C'est la possibilité d'adopter un comportement sans être empêché et par conséquent, c'est la possibilité pour le sujet de s'opposer juridiquement aux obstacles qui peuvent être mis à dit un comportement.

La grande différence est que la liberté a un contenu totalement indélimité. Sinon, dans son principe, le seul contenu de la liberté est un contenu négatif. Elle donne le pouvoir de s'opposer. C'est la possibilité « d'interdire d'interdire ». Le droit subjectif a un contenu la plupart du temps positif. Ce qu'on peut faire est défini dans le contenu du droit. Dans la liberté, on définit que ce qu'on ne peut pas interdire.

### **II. Droits subjectifs et action en justice**

Est-ce que l'action en justice est un droit subjectif ? D'abord un droit subjectif comporte/emporte une action en justice, i.e. la possibilité de saisir une juridiction pour obtenir le respect effectif d'une prérogative qui constitue. Il faut qu'il y ait intérêt à agir. Un droit sans action est amputé de l'essentiel de sa juridicité.

La nature de l'action en justice. La tendance est à dire que l'action en justice n'est pas un droit subjectif. Mais qui la soutient ? L'action en justice a une nature différente, elle est la dimension processuelle d'un droit. C'est le caractère fondamental de faire valoir ses intérêts en justice, du droit d'ester en justice, c'est une possibilité d'éliminer des obstacles. Du coup, ces relations entre droits subjectif et action se retrouvent quand on parle de la prescription.

Avant que les droits subjectifs, il existait l'action en justice. Maintenant, l'action est devenue un accessoire.

### III. Les droits subjectifs et les droits dits sociaux

Les droits sociaux sont des droits présentés comme subjectif mais social parce que l'action passe par un autre que le titulaire qui participe à la puissance publique. Le droit social, c'est un intérêt dont la réalisation appelle l'action très active de la société en la puissance de la personne publique.

Exemple : le droit à la santé, à un environnement sain, à la culture, à l'éducation, au travail, à la vie, au logement opposable

Pour qu'il y ait droit subjectifs, il faut qu'il y ait prérogatives qui permet d'aboutir au résultat compris dans la prescription.

Pour le droit à la culture, qui vais-je mettre en demeure ?

Certains droits sont des droits subjectifs comme le droit à l'image, à la vie privée. C'est une erreur de vocabulaire, c'est plutôt un « droit sur », un droit « de ». Leur contenu est inachevé, insuffisamment déterminé pour avoir cette performance, d'auto performance.

Ils sont une façon de présenter l'action de la puissance publique au nom de l'intérêt individuel.

Mais il n'y a pas de procédures particulières de sanctions. Si je respire mal, il n'y a pas de sanctions.

Aujourd'hui l'action publique a de plus en plus besoin de mettre en avant la satisfaction individuelle. On présente sous forme individualiste les intérêts globaux.

Dans la loi de mars 2007, il y a tout un volet d'actions en justice. Ceci montre que des droits sociaux peuvent devenir des droits subjectifs.

## Section 3 : Typologie des droits subjectifs

### I. Le droit subjectif fondamental : le droit de propriété

Ce droit est fondamental car son objet est faire le lien entre la personne et toute chose soumise à un pouvoir propre. Toute relation entre une personne et une chose réservée s'établit selon le droit de propriété. Il consiste en un pouvoir d'exclure. De ce pouvoir d'exclure, il résulte comme faculté, la possibilité de faire de cette chose, la possibilité de faire quelque chose. C'est la notion de liberté de droit de propriété. C'est la liberté qui domine. Il en résulte que les autres droits subjectifs sont par ailleurs des objets de propriété parce que s'ils ne sont pas appropriés, ils ne sont pas reliés à un sujet. Le lien entre le titulaire et ce droit, c'est la propriété.

### II. Les autres droits subjectifs

#### A. Les droits réels

Un droit sur une ou plusieurs utilités d'une chose qui appartient à autrui. C'est le droit d'accéder, d'user tel ou tel utilité d'un objet. L'usufruit est le droit d'utiliser la chose. Un droit de servitude est un droit réel. La servitude en droit français contemporain se distingue par ce qu'elle profite à une propriété voisine. Par exemple, il n'y a pas de servitude mobilière alors qu'il y a usufruit.

Dans un certain nombre d'ouvrages on présente le droit de propriété comme un droit réel. On peut le contester.

#### B. Les droits personnels

C'est le droit d'obtenir d'une personne en son nom, une prestation quelconque ayant pour objet une chose ou un service. Le contenu est laissé au libre pouvoir des partis parce que la plupart sont

d'origine volontaire. Les types de prestations ne sont pas limités par le droit réel. La création du droit réel n'est pas libre car comme c'est un droit sur la chose d'autrui, il réduit la liberté du propriétaire ce qui impose d'en limiter le nombre.

### **III. Les droits de propriété particuliers**

#### **A. Les droits intellectuels**

Ce sont les droits qui ont pour objet une chose incorporelle issue d'une œuvre intellectuelle. Le brevet, les marques. Quand on a inventé cette catégorie, c'est parce qu'il y a des choses incorporelles.

En vérité, aujourd'hui, la catégorie des droits intellectuels est une façon de présenter les droits de propriété pour des choses incorporelles. C'est en vérité une fausse catégorie.

#### **B. Les droits de la personnalité**

Ce sont des droits subjectifs qui ont pour objet les éléments et les attributs de la personne humaine (image, corps, voix, domicile, vie privée). Il a été inventé au XXème siècle quand il a été sollicité pour protéger des intérêts nouveaux. Dans les sociétés non individualistes, qui n'ont pas développé des techniques de reproduction d'images, de sons, etc. Le progrès technique y a contribué. On s'est tourné vers le droit qui a très rapidement qualifié les droits que l'on reconnaisse le droit de la personnalité pour insister sur l'objet unique qui était les éléments de la personne humaine.

Il a l'avantage de démarquer ces droits du droit de propriété. On considérait que les droits de la personnalité étaient différents du droit de la propriété car l'objet n'est pas dans le patrimoine. Mais il est contestable que tous les biens sont dans le patrimoine.

En réalité, c'est aussi une fausse catégorie car la nature, est d'être un droit de la propriété sur la personne humaine. Le critère de qualification de l'élément de la personne humaine est l'originalité. D'ailleurs, le régime juridique des droits de la personnalité est le régime du droit de la propriété.

La personnalité n'est pas saisissable au contraire du patrimoine. Tous les biens ne sont pas patrimoniaux par contre.

#### **C. Droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux**

Une tradition consacrée. Il est vrai qu'il y a des objets de droit subjectif. Si nous prenons l'exemple du corps humain, il n'est pas un patrimoine. Pourtant je suis propriétaire en droit. L'extrapatrimonialité et la patrimonialité est un critère plutôt qu'un caractère.

## **2. La création des droits subjectifs**

### **I. La création volontaire du droit subjectif**

Il est volontaire chaque fois que la manifestation volontaire a pour effet de créer un droit subjectif.

Pierre fait son testament. Il a créé son droit subjectif.

Notre système a reconnu au sujet de droit la capacité de créer des droits subjectifs. Notre sujet est défini comme puissance créatrice de droit. L'exercice de cette puissance, c'est la volonté. Certains auteurs disent que c'est une fausse volonté. Cependant, c'est l'exercice de cette manifestation de volonté qui fait ce droit subjectif et l'Etat n'a pas d'autre choix.



## **II. Involontaire**

Quand on dit cela, on désigne un phénomène où celui qui consiste dans le fait qu'un événement va se voir attacher la conséquence de créer directement un droit subjectif sans que ce résultat ait été voulu même quand il a été voulu.

Je peux en descendant cet escalier, de fait de la maladresse, culbuter quelqu'un. Il a subi un dommage où je vais être le responsable parce que la loi, générale, verra dans cet événement un fait générateur d'un dommage imputable à l'auteur du fait. Je peux me lever et donner une baffe, la gifle est ce que j'ai voulu mais je n'ai pas voulu créer un lien de droit.

En outre, bien des événements de droit subjectifs sont involontaires. Bref, la loi reconnaît par principe à des événements divers la capacité unissant celui qu'on peut imputer un événement et celui qui en est la victime. En effet, la loi en effet a décidé ainsi. Art. 1382, 1383, 1384 c.civ.

Le critère n'est pas la volonté que se produise l'événement, mais la création consécutive du droit subjectif

## **III. L'origine légale, la création légale**

La loi crée parfois un directement un droit subjectif. Une situation, un état de fait est une conséquence directe d'un droit subjectif.

C'est une création qui a pour source la loi appliquée à des conditions.

## **3. L'extinction des droits subjectifs**

### **I. L'extinction consécutive à la réalisation**

Pour une partie des droits subjectifs, il y a un terme qui est soit directement la réalisation de l'objet, soit indirectement la disparition de leur raison d'être.

Prenons l'exemple du droit personnel. Pierre doit 1000 à Jacques. Au moment où le paiement intégral a lieu, le droit subjectif dont il était titulaire s'éteindra.

Il faut retenir que l'extinction est automatique. La plupart des droits personnels s'éteint de la sorte. Pour d'autres droits, pour les droits réels et propriété, est indépendante.

### **II. Indépendante de la réalisation**

Il y a 3 grandes hypothèses :

- D'une part, la volonté
- La prescription
- L'échéance du terme

#### **A. La volonté**

Le droit subjectif peut s'éteindre par la renonciation de son titulaire. Celui qui ne veut plus être propriétaire, abandonne son droit. Par extension, les parties peuvent mettre fin, c'est la résiliation à l'amiable.

#### **B. La prescription**

C'est l'écoulement du temps. Il emporte 2 conséquences :

- Extinctives : elle concerne l'action. L'écoulement du temps éteint l'action en justice (art. 2262 c.civ) sauf une l'action attachée à la propriété (en revendication). Il ne s'éteint pas. Le temps est de l'action. Chaque fois que le créancier n'agit pas pour faire exécuter son droit, cela doit profiter au débiteur. L'écoulement du temps fonctionne de la part du débiteur comme si s'il plaçait en position de créancier à la place du créancier. L'écoulement du temps pour les droits personnels et réels profite au débiteur. Pour le droit de propriété, ceci est différent. Mais la propriété peut s'acquérir par le temps. En étant propriétaire, il éteindra l'action du précédent propriétaire. Même pour la propriété il peut avoir par extinction.
- Acquisitives

## **4. Exécution des droits subjectifs**

Un droit subjectif est un résultat. C'est un résultat acquis en son principe à titulaire. Ceci peut donc exiger le respect de ce résultat de ceux qui ne le respectent pas spontanément. La loi a prévu une série pour favoriser l'exécution.

### **I. Les moyens de pression**

Ils sont destinés à influencer la volonté de ceux qui doivent respecter un droit subjectif par la menace d'un désagrément, c'est le cas de l'astreinte. C'est une condamnation juridiciat temporaire ou définitive à payer une somme par journée d'irrespect d'un droit subjectif.

La clause pénale, c'est l'évaluation des dommages-intérêts qui est prévue par le contrat lui-même. Il est prévu dans le contrat, de payer une somme. Il permet d'éviter le recours au juge. Il permet au débiteur de dissuader de ne pas exécuter. Le juge peut augmenter ou diminuer les clauses.

L'injonction, c'est une invitation officielle d'un juge à un débiteur de s'exécuter. Il comporte la menace, de sanctions plus lourdes. C'est une technique pas très utilisée.

### **II. Les voies de contraintes**

#### **A. L'exécution en nature**

C'est l'exécution proprement dite, i.e. la réalisation du résultat à la place du débiteur.

La saisie appréhension. J'ai acheté, je ne suis pas livré.

Il existe une série.

#### **B. L'exécution par équivalent**

On cherche dans le patrimoine du débiteur, pour le faire vendre. Sur le produit de la vente, j'obtiens des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts équivalent à ce que j'ai souhaité au départ.

# Leçon VII : Les droits subjectifs (B)

---

## 1. La preuve

La preuve est essentielle à l'efficacité et la réalisation d'un droit. Une formule latine dit qu'il est identique qu'il est pareil de ne pas être que de ne pas être prouvé. Autrement dit, l'influence de la preuve est considérable. Ceci étant, d'un point de vue socio-juridique, il ne fait pas conclure que la majorité des droits subjectifs font appel qu'au droit de la preuve. La plupart se sont faits dans des circonstances non contentieuses.

Le droit de la preuve est associé au contentieux. Il reste que le droit que nous étudions est fait pour les situations difficiles et litigieuses. Il est certes un guide général qui éclaire les gens sans que jamais on ne fasse appel au juge. Mais l'essentiel de l'activité du juriste croise le contentieux.

On ne peut pas le comprendre si on n'a pas le procès dans son déroulement. Pendant longtemps, la dimension contentieuse de la preuve est minime.

Quels sont les grands systèmes de preuves ? Il y a 2 sortes systèmes de preuve : morale ou légale.

La preuve est dite morale quand aucune modalité particulière n'est prévue par la loi qui les accepte toutes sans donner à aucune une vertu probatoire particulière car ce qui compte ce n'est pas tant les modes de preuves que les convictions de la personne qui décide. Ceci permet de tenir une chose pour prouver, pour établir alors qu'au fond on a aucune preuve ou peu. C'est la conscience du juge. Naturellement, en pratique, les juges se mettent généralement au mode de preuve. A défaut de preuves consistantes, on fait jouer la règle. La preuve morale repose sur le juge. Ceci explique que par exemple, elle permet de condamner un criminel alors qu'on n'a pas retrouvé le cadavre. Le système français en matière pénale et criminelle est celle de la preuve légale. (voir art. 353 CPP)

A l'opposé on trouve la preuve légale. Ils sont hiérarchisés. On pourra imposer la preuve ou non. C'est un système qui est opposé car il marque une défiance assez nette de la conviction du juge. Le système de la preuve civile est le système de la preuve légale.

Derrière cette opposition de base, il y a une réalité plus complexe, plus nuancée. La passivité prétendue du juge civile en matière probatoire est en recul. On peut aussi faire injonction à une partie de donner une pièce à une autre, il tiendra en compte refus.

Dans les systèmes anglo-saxon, il y a la *discovery*.

## 2. La charge de la preuve

S'il s'agit de répondre à une question simple, qui doit prouver ?

### I. Principes

L'art.1315 al.1 c.civ reprend une règle latine *Actori probatio incombis*. Le demandeur n'est pas tellement celui qui déclenche le procès. Mais en matière probatoire, c'est celui qui émet une prétention. Dans un procès, les plaideurs des parties émettent des affirmations ayant des conséquences juridiques. Dans la prétention, il y a une dimension juridique, une situation factuelle. La dimension factuelle s'appelle l'allégation. Donc, l'affrontement judiciaire est un échange de prétentions.

L'art.1315 al.2 reprend la règle *reus in excipiendo fit actor*.

## II. Atténuation

Au terme de l'art.10 c.civ, chacun doit concourir à la manifestation de la vérité. Il y a là une évolution de la conception traditionnelle du procès. Au moment où l'on a introduit l'exigence de vérité, on a attendu de l'autre partie des preuves. La collaboration ne s'est pas traduite par des conditions particulières, elle était plutôt morale. C'est un peu une incantation. Mais, cette exigence a contribué à activer le juge. Ainsi, en vertu de l'art. 143 du NCPC à la demande du parti voire le juge peut donner instruction. C'est un texte appliqué avec modération. S'il n'était pas, c'est une vraie rupture avec la conception traditionnelle. (voir art. 145 & 146 CPC)

## III. Les exceptions

En matière probatoire, il consiste à renverser la charge de la preuve. Il se fait au moyen d'une présomption qui est une institution assez complexe. Elle définie par le c.civ. comme le fait de tirer d'un fait connu un enseignement sur un fait inconnu. Par exemple, la loi présume que le papa est le mari de la maman. Ceci était quand les tests ADN n'existaient pas. Il peut des fois déplacer l'objet de la preuve.

Quand la loi pose une présomption, qui est favorable à l'un ou l'autre plaideur ? Il arrive parfois que la présomption n'est pas renversable. Il ya des présomptions mixtes où il est possible de la renverser par certains moyens. Il ya des présomptions simples où il est interdit de la renverser.

## 3. Les modes de preuve

### I. Le contenu des modes de preuve

En droit civil, le système de preuve légale. Il définit les modes de preuves légalement possibles. Ca veut dire que seuls sont admis ceux qui sont par la loi. Il y a une distinction traditionnelle.

Les modes de preuves préconstitués face aux modes de preuves a posteriori. L'idée est qu'il existe une hiérarchie.

#### A. La preuve préconstituée

C'est la preuve littérale. La découverte de l'écrit et surtout sa diffusion par les progrès de la technique a conduit à un moment donné à lui accorder un certain nombre de vertus probatoires. Par exemple, dans l'ancien droit français, témoin passe lettre. Ceci signifiait qu'on primait le témoignage.

Le code civil a régulé les preuves littérales.

On trouve les actes authentiques et les actes sous seing privé.

L'acte authentique est un acte qui a une force probatoire éminente car il est l'œuvre d'une personne à qui a été confiée une parcelle de l'autorité publique car cette personne a soit la qualité d'officiel ministériel ou de membre de la puissance publique.

#### a) L'acte authentique originale

C'est l'œuvre d'un officier public. Matériellement, on peut l'instrumenter dans certains domaines. Les plus connus sont les notaires, les huissiers, les consuls. Ce qui caractérise l'acte authentique est surtout la qualité de son auteur. Parce que le processus ainsi fait, avant son serment, il a passé des concours. Par ailleurs, l'acte authentique acquiert une force importante parce qu'elle est rédigée

dans une forme prédéterminée par la loi. En France les actes authentiques doivent être rédigés en français, sans ratures, avec les initiales de son auteur.

Depuis les années 2000, on admet un acte authentique électronique. Il est organisé par un décret de l'art. 1317 al.2 du c.civ. On a admis cette alternative au moment où les techniciens ont garanti conservation et imputation. Il faut une procédure technique qui impute une sécurité, l'approbation de l'acte. On utilise le cryptage asymétrique.

L'acte authentique peut parfois être signé par les personnes concernées comme le contrat de mariage. Cette participation des intéressés n'est pas indispensable.

L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. C'est une condamnation pénale. Il consiste à accuser un officier ministériel d'avoir commis un faux. Si l'on ne parvient pas à prouver cette faute, on revient sur l'apparence d'autorité. Ce qui le caractérise est qu'il est toujours conservé par son auteur. Les personnes n'ont pas accès et transporter l'acte original. Ils peuvent avoir des copies qui ont la même force que l'original sous condition qu'on puisse toujours présenter l'original. On qualifie cette copie une minute sinon, c'est un brevet.

### ***b) L'acte sous seing privé***

C'est un acte qui est défini comme étant un acte écrit au sens matériel du terme et signé de la main d'une personne.

L'acte sous seing privé original.

## **B. La preuve a posteriori**

### **II. Le support**

Il faut bien comprendre comme le droit évolué. C'est lorsque le papier s'est développé qu'on est rendu compte de la vertu que l'on a bâti un droit destiné à accueillir cet instrument probatoire et à lui donner une vertu car plus près que les autres preuves. La révolution numérique fait qu'on peut communiquer en utilisant un support immatériel. Le support électronique permet comme le papier de recueillir un message. Du coup, on s'est dit si on abandonne la preuve littérale ou est ce qu'on redéfinit la preuve littérale ? On a mis en place des instruments dont la fonction un peu comme les officiers ministériels est de conserver un exemplaire d'un écrit. Du coup, une réforme du 13/03/2000 a admis que le support électronique peut être conservé comme un support papier. Il doit être conservé sous certaines mesures. Cette pluralité de support peut provoquer un conflit de support.

### **L'acte sous seing**

Il suppose une signature. Pendant très longtemps, la loi ne s'est pas préoccupée de la signature. Elle tombait sous le sens. Toujours est il est que le problème qu'a posé le problème de l'écrit électronique est de savoir comment conserver. L'intérêt se définit par l'obligé.

A l'occasion de la réception de l'écriture électronique, on a commencé par redéfinir la notion de signature dans l'art. 1316 al.4 du c.civ. Il y a signature que si l'on peut relier un signe à une personne dans une certaine signification, celle de l'accord du consentement. La signature électronique est une inscription électronique qui prendra la forme d'un message codé, i.e. de l'apposition d'un ensemble de signes qui rattache à une personne parmi d'autres. Ce qui est personnelle dans la signature n'est pas la création, c'est l'attribution initiale d'un code. Ceci déplace la source de l'activité individuelle,

de l'être physique à ses truchements techniques. De plus en plus l'ordinateur ou les différents instruments incarneront notre personnalité juridique

Un acte sous seing privé fait foi jusqu'au contraire. Il faut dans ce cas, un autre acte sous seing privé ou un acte supérieur. L'admission du support électronique a obligé à trancher sur le conflit de support. En droit, quand on parle d'un acte juridique, on vise 2 hypothèses :

- Substantielle. L'acte juridique est une opération juridique, i.e. une manifestation de volonté ayant pour effet de modifier l'ordonnement juridique. Si je conclus un contrat, c'est une manifestation de volonté.
- On l'entend aussi comme étant écrit qui permet la formation ou la preuve d'une opération juridique.

*Negotium* est l'opération de la manifestation de volonté. En matière probatoire, on parle d'*instrumentum*. Ce que la loi de 2000 a obligé d'admettre est que 2 instruments seraient relatifs à un seul *negotium*. Le juge retiendra l'écrit le plus vraisemblable. Ceci marque la fragilisation de l'ordre.

### **Les moyens de contester**

L'expertise de la signature : si une personne conteste la validité d'un acte sous seing privé, il est possible de demander une expertise, si cela est confirmé, l'acte va être un acte authentique. Pour attaquer, il faudra faire inscription de faux.

S'agissant de la date : La date est très importante. Il est important que la date indiquée soit sérieuse et non d'un fruit concertée. C'est pourquoi pour qu'elle soit opposable aux tiers la date doit être certaine. Soit avec le décès d'une personne de cela. Soit par le service d'enregistrement où le tiers certifie la date de l'acte. L'acte se rapproche donc de l'acte authentique.

### **Les copies d'actes sous seing privé.**

L'acte sous seing privé qui est copié peut avoir une force équivalente s'il constitue la reproduction fidèle et durable de l'originale. Ce qui est réputé durable est reproduction indélébile de l'original. La jurisprudence a admis comme l'exemplaire obtenu par le papier carbone.

### **La preuve littéraire**

La preuve a posteriori est la preuve qui est établie après que se sont produits les faits qui relatent. Elle est atteinte par le décalage qui existe entre la production des faits. Mais il ne conduit pas à placer dans une position. En effet, elles sont reclassées en 2 catégories. Certaines sont suppléantes ou supérieures.

### **Les preuves supérieures**

Il s'agit d'une tradition solide bien qu'il ait été prouvé que ce sont des instruments de preuve qui peuvent être suspectés

#### **a) L'aveu**

Elle était tenue comme la reine des preuves. Il continue en matière pénales à être recherchée tant par les juges d'instruction et par la police judiciaire. Il a une place en matière civile mais s'observe moins fréquemment.

C'est l'allégation d'un fait émanant de celui à l'encontre duquel il peut porter de conséquences négatives de la part de celui qui l'énonce. L'aveu a ceci d'originale en matière civile est qu'il s'impose en preuve quelque soit l'opinion du juge, quelque soit l'opinion de l'adversaire.

α) L'aveu judiciaire

C'est une déclaration faite en justice par une partie ou par un représentant dument mandaté. Il est oral ou écrit durant le lien d'instance. Pour pouvoir émettre un tel aveu, il faut disposer d'une certaine capacité juridique. Il faut avoir la capacité de renoncer à un droit qui est parmi les plus graves. Moyennant quoi, on ne peut pas formuler un aveu. L'aveu qui est formulé fait ainsi fait plein foi contre celui qui l'a fait (art.1356). Le juge doit considérer la preuve établie.

L'aveu est indivisible. Du coup, il peut y avoir une stratégie. Il faut l'accepter dans sa globalité. L'aveu est irrévocable. La rétractation en civile n'existe pas.

β) L'aveu extrajudiciaire

C'est la reconnaissance d'un fait émanant d'une personne contre qui il est allégué. Cette reconnaissance se fait en dehors d'un lien d'instance, soit dans le cadre d'une autre instance.

Il ne produira d'effet selon la décision du juge.

**b) Le serment**

C'est le contraire de l'aveu. C'est l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable. La possibilité de déférer un serment est selon la bon vouloir de l'autre partie.

α) Le serment qualificatif

Soit il prête serment : s'il ment, celui-ci s'expose à des peines. Dans l'autre cas, il réfère le serment.

S'il prête serment, on dit qu'il y a délation de serment. Il devient preuve. Soit il prête serment soit non mais il ne peut le redéferer. Celui qui a prêté serment a la preuve pour lui puisque le fait lui est favorable quitte à engager une autre action en faux serment.

β) Le serment décisive/supplétoire

Il est déféré par le juge. Il peut s'agir aussi de corroborer. Le juge ne peut pas agir de la sorte que si l'un des plaideurs a établie une preuve suffisante. Il faut une obscurité. Mais il n'est pas tenu de déférer le serment supplétoire. Si le juge défère le serment, c'est un coup de main donné à une partie.

Il existe aussi un serment estimatoire.

**c) Les preuves inférieures**

**Les témoignages**

C'est la déclaration d'une personne relativement à des faits dont il a eu connaissance. Aujourd'hui, il a une valeur extrêmement relative. On a fini de se convaincre de la versatilité. En cas de souveraine appréciation, la cour de cassation ne contrôle pas car il juge en règles et non en faits. Mais il contrôle la motivation. En contrôlant la motivation, on contrôle indirectement la motivation.

**Les indices et les présomptions**

On vise les éléments indirects qui peuvent étayer une preuve.

**Les détectives privés.**

**La commune renommée.**

Ce n'est pas un mode de preuve admissible sauf quand on veut punir un tuteur. Le tuteur est celui est en charge des biens, d'un mineur qui n'a pas ou plus de parents. Quand cette personne prend officiellement la prise en charge des biens de l'incapables, il doit concilier formellement la constitution du patrimoine car tenus de rendre des comptes. C'est pourquoi la jurisprudence décide

que quand un tuteur a omis de dresser un inventaire pourront établir a posteriori par tous moyens y compris la commune renommée.

Il est exceptionnellement utilisé. L'inventaire est une sorte de preuve préconstituée. C'est une preuve à caractère sanctionnaire.

## 4. Le domaine des modes de preuve

Tous les modes de preuves présentés jusqu'à présent ne sont pas forcément invocables dans toutes les juridictions.

### I. La preuve des faits juridiques

Le principe est simple en civil : Tous les modes de preuve légaux peuvent être employés pour les faits juridiques. En réalité, pour les faits juridiques, événement où le droit objectif reconnaît un rôle juridique, i.e. la capacité qu'il a de modifier l'ordonnement juridique par décision du droit objectif (accident de la circulation qui parce qu'il existe plusieurs principes modifie l'ordonnement juridique). Pour les faits juridiques, la preuve préconstituée n'a pas de sens. La preuve préconstituée est la preuve des actes au sens d'opération. Pour le droit civil classique, une expertise n'est qu'un indice. Elle n'est que la présentation d'une analyse technique d'un sachant dont les juges remettent en réalité à un expert.

### II. Les actes, les *negotium*

#### A. Principes

Un acte juridique doit se prouver par écrit dès lors qu'il dépasse d'un certain seuil d'enjeu. Au delà, il faut un *instrumentum*. Ce seuil est fixé par un décret de 1500 €. En dessous, la preuve est libre. Au-delà, il faut un acte (art.1325 et 1326 c.civ).

#### B. Les exceptions

C'est le principe du consensualisme qui vient de consensus, i.e. de volonté plurale. C'est un principe de prééminence de la volonté dans ce qui la caractérise le plus, c'est reconnaître l'importance à la volonté. C'est un choix de politique qui consiste à dire que le droit permette à la volonté d'avoir sa place. La doctrine libérale reconnaît une autonomie d'action aux individus car les individus agissent notamment par leur volonté.

Cela signifie par exemple en droit des contrats on va privilégier les volontés sur les formalités. On ne va pas imposer une seule voie de volonté. Dire « OUI » par la voix est d'exprimer la volonté. La volonté connaît plusieurs véhicules. Il n'y a pas de hiérarchisation dans l'expression de la volonté.

Il faut aussi prouver. Le droit a fait un choix un peu opposé. Il a donné le principe qu'au-delà, il faut un écrit. Contradiction ! Pourquoi une preuve suppose un écrit ? On a privilégié la sécurité sur la liberté.

#### *Première dérogation : La convention des parties*

Les parties peuvent prévoir que les actes juridiques qu'elles concluront seront prouvés par plusieurs moyens. Par exemple, dans certaines relations, comme entre consommateurs et professionnels, il y a la prohibition de la clause abusive.



***Deuxième dérogation : Les dérogations légales***

La copie a autorité d'une originale. S'agissant des opérations commerciales entre commerçant, la preuve est libre. Il est fondé sur 3 exigences : Confiance, Célérité et Efficacité.

***Troisième dérogation***

Chaque fois qu'un tiers a un acte, il peut le prouver par les moyens qu'il veut

***Quatrième dérogation***

L'existence d'un commencement de preuve par écrit (art.1347 c.civ.). C'est un écrit qui émane de celui qu'on l'oppose qui rend vraisemblable un fait allégué sans constituer un acte sous seing privé (lettre, facture, journal de comptes). La jurisprudence a pu aller un enregistrement sonore. Un contrat contresigné.

Il y a une appréciation au cas par cas. Si l'on complète par des témoignages, des indices graves, alors on va prouver comme si l'on disposait d'un écrit en bonne et due forme.

***L'impossibilité morale de se procurer un écrit***

***L'impossibilité matérielle***

# Leçon VIII : La personnalité juridique

---

## 1. Notion et typologie

En droit, la personne désigne deux réalités très différentes même s'ils ont des relations. La première signification de la notion de personne c'est la personne dite juridique. La personne juridique c'est une entité abstraite qui est un pôle d'imputation des droits et des dettes car les droits et les dettes ont tous une dimension personnelle qui est encore l'acteur du commerce juridique. Le commerce juridique est l'ensemble des relations qui s'organisent dans la sphère du droit. Il faut vite comprendre que le droit se développe dans une sphère propre qui n'est pas celle du monde réel. On peut percevoir les effets du droit sinon on serait dans un Etat d'anarchie. Mais nous ne voyons que les effets du droit dans le réel car le droit a vocation à agir dans le réel. Mais ce n'est pas du droit non plus. C'est un relais du droit. Donc, quand nous faisons du droit nous nous occupons de deux choses : Comment les entités fonctionnent au sein du système juridique ? Ensuite la capacité des formules abstraites d'agir sur le concret.

La personne juridique est la personne construite par le droit pour construire l'un des éléments centraux. Tout part du sujet et tout est destiné à lui revenir. Le droit est soumis aux volontés sociales. Le droit n'a pas d'autonomie de valeur.

Le droit a besoin de se construire un concept parmi les autres, c'est le sujet. A côté de la personne juridique est la personne réelle dont la première est la personne humaine. La personne humaine sont les êtres humains vivants et ceux qui peuvent les précéder (embryon, fœtus) et le suivre (cadavre, coma végétatif). Le droit qui est un système abstrait ne saisit pas directement la personne humaine. Mais il peut reconstruire dans son système une figure distincte de la personne humaine en décalquant la personne humaine.

Aujourd'hui il y a deux sens. La notion de personne humaine est récente en droit. La personne humaine mobilise une grande activité juridique. Il faut distinguer la personne humaine et personne juridique. En effet, on trouve aussi les personnes morales. Ce sont une subdivision des personnes juridiques. En effet, ce qu'elles ont de morale est qu'elles n'ont pas pour support une personne humaine que l'on appelle personne physique qui est la personne juridique qui a pour support une personne humaine. Que veut dire ce support ? Ce support est ce qui déclenche et détermine une personne juridique. Elle est mise en œuvre ensuite en fonction des personnes humaines qui existent dans le concret. En effet, le droit a décidé que chaque personne humaine allait dès sa naissance produire un effet, la naissance dans le monde du droit de la personne juridique. Elle existera dans l'ordre du droit jusqu'au moment où l'on est déclaré décédé. Donc la vie concrète déclenche une vie particulière, la naissance d'un sujet particulier. On n'est pas directement une personne juridique mais le support d'une personne juridique.

Les personnes humaines ne sont pas les seuls. On a reconnu depuis assez longtemps que des groupements de personnes à certaines conditions qui caractérisent une entité autonome, à ces conditions, un groupement de personnes ou de biens peut être personnifié, i.e. développer dans le monde du droit une personne. Cela prouve que la personnalité juridique n'est pas la personnalité humaine.

## 2. Acquisition de la personnalité juridique

Toute personne juridique suppose un support déclencheur qui est lui aussi une personne soit humaine soit morale. Ceci explique le processus d'acquisition de la personnalité qui est aligné sur le commencement de la personnalité.

### I. Les acquisitions par naissance

#### A. Notion de naissance

Il faut distinguer la naissance de la personnalité physique de la personnalité morale. La naissance est un fait juridique qui enclenche l'acquisition de la personnalité. Ceci fait que la gestation ne suffit pas. Seule la naissance fait la personnalité. Le nouveau-né est un sujet de droit.

Etre vivant est ne pas naître mort-né même si par compassion on a prévu un petit certificat d'enfant mort qui fait qu'il y a une trace administrative. Mais civilement cela ne change rien. La loi présume la viabilité de l'enfant. Il faut donc faire preuve de la non-viabilité.

#### B. La naissance de la personne morale

C'est souvent le produit d'une manifestation formalisée, i.e. de la décision d'une puissance publique. Le support ne satisfait pas les conditions ordinaires. Le principe a été affirmé par un arrêt de la C.Cass de 1954 (Arrêt Saint Chamont). La personnalité morale n'est pas une création de la loi, il appartient en principe à un groupement pourvu d'un moyen d'exprimer collectif. Ceci est important car la personnalité est la clé aux activités juridiques. En 1954 a triomphé une théorie libérale qui veut que la personnalité n'est pas le fait du prince. En 1982, on a reconnu la personnalité morale pour les groupes alors que la loi n'en disait rien.

Donc, il y a identité d'accès.

### II. L'acquisition de la personne indépendamment de la naissance (avant la naissance)

Il s'agit ici d'être humains conçus, en gestation. Il n'est pas une personne juridique mais depuis le droit romain, on admet que l'enfant conçu peut être tenu pour né chaque fois qu'il va de son intérêt.

*Infans conceptus pro nato habetur ejus de commodis agitur*

L'enfant conçu est tenu pour né s'il en va de son intérêt.

C'est une acquisition ponctuelle de la personnalité. Pour qu'un enfant soit *pro nato* il faut un pôle d'imputation d'un droit (art.725 c.civ). Pour que cette acquisition de personnalité ait lieu, il faut que l'enfant soit né, viable et vivant. Sinon, sa personnalité acquise sera rétroactivement anéantie.

Lorsque s'est posée la question d'admettre en droit de l'avortement, mettre fin à la vie d'un enfant conçu n'a que pour conséquence de supprimer une personnalité humaine et non juridique.

### III. Acquisition de la personne après la naissance

L'acquisition de la personnalité après la naissance ne concerne que les personnes morales dans la mesure qu'il n'existe pas de régime d'acquisition de la personnalité physique. Dès qu'un être humain est né, il doit avoir la personnalité juridique. Il est affirmé par la DUDH. Un Etat qui priverait de ce droit serait en infraction avec le système universel des droits de l'homme. Pour les personnes morales une grande souplesse est tolérée. Mais derrière, il y a une idée de liberté d'association. Il est

tellement vrai que cette liberté est reconnue comme fondamentale par le Conseil Constitutionnel. On ne peut pas faire n'importe quoi avec la liberté d'associer mais il y a des marges.

Il y a les sociétés, les associations, les syndicats. Les lois subordonnent l'acquisition de la personnalité juridique à l'accomplissement d'une formalité de type publicitaire. Ce qui veut qu'il ne suffit pas d'avoir constitué un groupement qui a un intérêt propre et un moyen d'exprimer cet intérêt, il faut en outre avoir procédé dans le RCS. Pour les associations, c'est une déclaration qui se fait à la préfecture du département où il a son siège social. Pour les syndicats, c'est à la mairie. L'objectif de ces mesures est de permettre un contrôle, une connaissance des personnes morales qui servent à la fois l'intérêt de la puissance publique dans lequel il voit un concurrent potentiel, menaçante pour l'Etat, pour contrôler plus et de favoriser la connaissance de ces êtres juridiques.

Ils ont sans doute une existence sociale mais ils ne constituent pas une réalité physique. Si nous ne sommes pas directement une personnalité juridique, nous sommes un support.

### **3. L'extinction**

La personnalité juridique ne dure que dans la mesure où dure l'intérêt qui est la traduction qui est dans l'ordre du droit. Le sujet qu'il a déclenché disparaître. Il y a automatisme qui est l'écho de l'automatisme de commencement. C'est pourquoi, chez les personnes physique, le décès emporte extinction de la personnalité juridique et s'agissant des personnes morales, leurs équivalent est la dissolution.

#### **I. Le décès**

C'est la cessation de la vie. Ce phénomène peut prêter à discussion. On distingue 2 voies.

##### **A. Décès prouvé**

###### ***La notion de décès***

La loi ne donne pas de définition de la mort mais la cour de cassation oui. Elle renvoie à l'appréciation des juges. La mort, c'est la fin de la vie. ? Du coup on s'en remet à la science qui a pour objet premier de définir la vie, son début, et sa fin, i.e. la médecine. La mort est donc l'arrêt irréversible du cœur qui entraînera un arrêt de toutes fonctions vitales. En réalité, on s'aperçoit l'arrêt du cœur n'est pas proprement la mort. Aujourd'hui on déplace la définition de la mort à d'autres événements. En réalité, tout dépend des circonstances. Pour la plupart, c'est par la cessation du cœur.

Mais dans certaines circonstances, il peut arriver que des investigations plus poussées soient conduites et on peut alors décaler l'appréciation de la mort par la mort du cerveau. La preuve du décès en droit s'établit par un acte d'Etat civil qui suppose une déclaration médicale. Sans ce constat, on ne peut pas délivrer un permis d'inhumer. En cas de difficulté, il faut procéder à une déclaration judiciaire. Lorsqu'une personne se trouve placée dans des circonstances mêmes qu'il n'a pu survivre alors qu'on n'a pas trouvé son corps, sa mort sera déclarée par un jugement du tribunal. On prouvera que cette personne s'est trouvée dans cette situation et que les circonstances se sont produites. C'est une preuve du décès sans corps.

###### ***Les conséquences de la mort***

Il entraîne extinction de la personnalité juridique. la dissolution du mariage, l'ouverture de la succession qui intéressent la personne juridique. Il y a cessation des rapports juridiques viagers qui ont pour nécessaire la durée de vie. Mais il y a kyrielle de contrats *intuitus personae*. L'union

matrimoniale est un exemple. Il y a extinction automatique de tous les contrats. Quant au volet humain de la personne, elle disparaît matérielle et se pose la question juridique du cadavre, i.e. corps inanimé d'une personne. Il est une chose mais c'est une chose dont le statut est particulier parce que d'une part le sort est déterminé par une personnalité juridique dont le corps vivant précéda le cadavre. C'est la liberté des funérailles qui donne à chacun la liberté des rites d'accompagnement du délaissement du cadavre. S'il y a irrespect, il y a délit.

Ceci étant la loi administrative énumère le sort du corps mort. Il y a enterrement. Il y a crémation avec statut complexe pour les cendres surtout quand ils veulent partager les cendres. En l'état actuel, il n'est pas permis ni par la loi ni par la jurisprudence de conserver dans un congélateur. Le cadavre pour le reste n'appartient pas aux héritiers de la personne juridique. Ce n'est pas une chose appropriée. La loi prévoit ce qu'elle appelle le don du corps à la science, n'est pas un don mais un legs, i.e. un testament. On ne peut donner son corps que cause de mort.

## **B. Décès présumé**

Il arrive qu'une personne ne paraît à son domicile sans donner de nouvelles. Cela crée une situation délicate. Il n'est pas possible de conclure trop vite au décès. Il peut y avoir des amnésies, des crises. Il y a des phénomènes bien réels. D'un autre côté, on ne peut pas laisser les tiers dans une situation d'incertitude. Le droit est censé trouver un statut intermédiaire.

### **a) La présomption d'absence**

Sur la base de la non présence d'une personne, on peut saisir le TGI soit tout intéressé soit le ministère public pour lui demander qu'il présume absent telle personne. La décision est prise par le juge des tutelles. C'est une mesure de protection. Du coup, cette présomption est un régime de protection qu'on présume vivante. Il ne perd pas sa personnalité juridique. Mais comme il est dans l'inexercice de ses droits, un tiers va faire à sa place. L'administrateur est choisi par les parents ou les alliés. Si cette personne mariée, il y a le droit il y a des solutions qui permettent de solutionner cette solution.

On peut le saisir que s'il on a épuisé le régime patrimonial. L'administrateur est sous contrôle judiciaire, c'en en principe seul le père ou la mère. Autrement dit, il a un certain nombre de pouvoirs. Il est contrôlé par le juge des tutelles.

C'est une mesure provisoire car il est là pour répondre à un besoin caractérisé mais durable mais susceptible d'évoluer de 2 façons : soit que l'absent revienne, soit quand on découvre qu'il est décédé où l'on prononcera son décès.

En toute hypothèse, les choses qui durent trop dans l'incertitude, on passe à la déclaration d'absence.

### **b) La déclaration d'absence**

Il consiste à déclarer la personne décédé mais plus grave. On n'a pas découvert le corps. Dans la déclaration d'absence, c'est la conjonction d'une absence absolue et l'écoulement du temps qui fait qu'il est plus dans le côté de la mort. Ceci varie. Si le juge a présumé l'absence, il suffit de 10 ans. S'il n'y a pas eu de jugement de présomption d'absence, il faut que le délai soit de 20 ans. Il faut faire publicité dans les journaux du territoire où l'intéressé a disparu.

S'il estime que la preuve de l'absence durable est établie, il prononce un jugement de déclaration d'absence qui doit être publié à nouveau dans les journaux et celle aussi d'Etat civil.

Cet Etat des personnes donne lieu à une publicité officielle qui accueille des actes de l'Etat civil. L'établissement de ces actes et leur diffusion, leur communication est précisée par la loi. Il faut connaître le droit de l'Etat civil.

S'agissant de notre affaire, il faut publier ceci sur les registres d'Etat civil, en marge de l'acte de naissance de l'intéressé et les registres de décès du lieu où résidait l'intéressé. Une fois la déclaration d'absence publiée, ce jugement a les effets d'un décès. Mais c'est un décès fictif dans la mesure on se repose sur une absence totale, certitude sur le sort de la personne. Ce seul fait ne suffit pas à établir d'abord.

On a en réalité à faire à un cas de mort civile, i.e. disparition de la personnalité juridique d'une personne qui peut être vivante. De ce fait, on peut être en présence d'une mort civile. Par ailleurs, les fruits qui ont été perçus par les héritiers ne sont pas restituables. Le décès, la déclaration de décès emporte la déclaration de mariage qui peut être dissout.

## **II. Les personnes morales**

Les personnes morales ne meurent car elles n'ont pas de consistance biologique. Seuls les organismes vivants meurent. Il faut donc adapter de leur nature propre.

### **a) Les causes naturelles**

La première manifestation, c'est la disparition des éléments qui ont permis la constitution. (art.1844-7 al.2 c.civ). La désagrégation de l'organisation, toute personne morale est une organisation, elle peut entraîner dissolution une fois atteint un niveau de degré. C'est une impossibilité qui peut être constaté par les tribunaux pour des raisons de sécurité de preuve.

La désaffectation des biens, i.e. la perte de la mise en commun.

A cela s'ajoute la décision ou en tout cas la disparition de l'acte constitutif. Ses fondateurs se réunissent, se convergent sur la constitution d'un intérêt mais il se peut qui soit atteint d'un vice. Il est nul et donc la personnalité morale est dissoute.

Il peut aussi avoir la décision de résolution soit conventionnelle soit judiciaire.

Il faut noter que dans certains domaines, la loi atténue, l'effet rétroactif qui est en principe attaché à toute nullité et résolution. (Voir art. 1844-15 c.civ.)

Parce que la constitution d'un être juridique met en jeu de multiples intérêts. Si l'on effaçait pour le passer l'existence de l'être juridique, il peut avoir des effets négatifs. C'est l'importance de l'existence de l'être qui fait ceci.

### **b) La dissolution juridique**

C'est l'hypothèse où l'on va priver de personnalité qui a pourtant un intérêt ou un organe. Il va être juridiquement anéanti comme on déclarait une mort civile. Pendant très longtemps, c'était le contraire, on considérait qu'il n'y avait pas de responsabilité pénale de la personnalité morale. Les progrès de l'analyse juridique, doublée de la personnalité morale ont convergé et à dire aux esprits à dire que par le biais de leurs organes dirigeants les personnes morales peuvent se trouver dans le cas d'une infraction.

Par exemple, un dirigeant corrompu, sa qualité de sa fonction font que c'est l'être moral qui agit. En 1992, on a réformé le Code Pénal. On dit que les personnes morales peuvent faire des infractions, on

les a listé. Mais depuis 2006, on dit que tous les infractions peuvent être commises par une personne morale.

Ceci étant par exception pour certaines personnes morales, le patrimoine des personnes physiques peuvent servir de garantie. Ce sont les sociétés de personnes parce que la personne de leurs membres apparaît par définition comme séparation relative. C'est une position intermédiaire entre personne isolée et personne morale totalement autonome. C'est le cas des SA et les SARL. Mais les SCP, les Sociétés commerciales, les SNC sont des sociétés où les associés garantissent le paiement des dettes. On peut quand même avoir rétablissement de garantie par le cautionnement. Le cloisonnement des patrimoines est très variable et très nuancé. À côté de la dissolution pénale, il y a aussi dissolution administrative.

### **c) Les effets de la dissolution**

La dissolution emporte disparition de sa personnalité juridique mais s'ouvre souvent une période intermédiaire de la liquidation qui est destinée à rassembler l'ensemble des biens. Pendant cette période et jusqu'à la liquidation, la personnalité morale survivra.

Pourquoi ? Parce que les héritiers ne connaissent pas l'état du patrimoine. C'est pour ça qu'on a créé une solution intermédiaire : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire qu'on a modernisé dans son appellation.

Une fois qu'on a dégagé un actif net, la répartition dépend. S'il y a un bonus de liquidation, on le partage. Pour les associations, il y a un objectif non lucratif. Puisque la société ne peut pas accepter les profits, même si les associés apportent des biens, il n'y a pas de retour, il y a un altruisme. Dans ce cas là, on ne donne l'actif qu'à une autre association poursuivant le but identique. Il en est de même pour les syndicats et les groupements sans buts lucratifs.

## **4. Le pouvoir de la personne juridique**

Une personne juridique dispose d'une capacité d'agir en droit qui lui est inhérente, cela veut dire que parce qu'elle est une personne, elle peut agir. La personne juridique est une entité fonctionnelle qui agit en exprimant une volonté juridique qui va produire un certain nombre d'effets de droit. Il va soit créer une catégorie de droit par rapport à situation concrète et par ailleurs création d'une obligation.

L'activité juridique part du sujet qui est doté des moyens juridiques qui permettent à partir de lui de faire partir cette activité.

Indépendamment des conditions extérieures, c'est l'existence d'une volonté. C'est même suffisant pour les personnes physiques. Pour les personnes morales, s'ajoute un principe dit de spécialité, il ne peut agir qu'à l'intérieur d'un domaine d'activité qui correspond à la fois à leur nature, d'autre part l'objet social.

En dehors de ces deux limites, elle est sans pouvoir d'agir, c'est le principe de spécialité des personnes morales. Par ailleurs, cette capacité pleine ou limitée d'agir est susceptible d'être réduite par un autre aspect du droit des personnes : des incapacités, d'exercer un droit que l'on a. Il y a des incapacités de jouissance, il y a des incapacités d'exercice. Les incapacités ne peuvent jamais être générales car dans ce cas, on lui interdit le droit d'être. En revanche, on peut interdire d'exercer ses droits. C'est le cas des mineurs non émancipés, et d'un certains nombres de majeurs. Ils sont privés de leur pouvoir général d'agir.





# Leçon IX : Le patrimoine

---

## 1. Notion

Le patrimoine est une universalité juridique que l'on définit comme une universalité de droit. Une universalité est un ensemble de biens consécutifs d'un bien. En effet, on peut réunir des biens, les fédérer, les rassembler, de sorte que ce rassemblement fait un bien sans qu'ils perdent leur titre de bien. Il se crée donc une double relation de dépendance et d'indépendance.

De dépendance : les composants dépendent du contenant il se manifeste que quand on agit, on agit sur tous les éléments contenus. Il y a des actes sur le contenant qui ont pour effet sur les contenants. Par exemple, si je vis une universalité de l'ensemble des biens, je transforme.

Au sein de cela, il y a une universalité de fait et ceux de droit. Il est de droit lorsque le rassemblement joue un rôle, celui de garantir le paiement des dettes nées de l'exploitation des composants. Dans les ouvrages, on dit qu'un patrimoine est l'ensemble des dettes. Au contraire, les dettes sont corrélées dans le patrimoine. Le patrimoine est une notion qui a existé de longue date pour désigner l'ensemble des biens d'une personne sans s'occuper de la fonction de garantie. A Rome, c'est une masse sans grand rôle qui désignait l'ensemble des rôles. Au XVIIème siècle, Aubry et Rau ont élaboré la théorie du patrimoine. Ils ont fait un ouvrage de droit *Cours de Code Napoléon*. Ils ont traduit une œuvre de Zacharié. Après le reflux de 1815, certains Etats ont gardé le Code Civil comme le pays de Bade-Wurtemberg. Zacharié avait une approche du droit et des sciences juridiques très abstraite, on a pu diffuser une certaine façon de diffuser le droit. A partir de ces travaux, ils ont pu développer cette notion de patrimoine. A l'époque moderne quand il a fallu théoriser sur ces figures modernes, il a fallu modéliser la notion de sujet de droit. Ils sont partis d'un article 2092 renumérotés 2284 et 2285 du Code civil. Est-ce que cela émane de la personnalité juridique ou participe ? Pour eux, c'est les 2. Pourquoi ? Parce qu'ils avaient à expliquer comme un ensemble de biens constitue la garantie d'une personne.

« Toute personne n'a qu'un patrimoine. Seules les personnes ont un patrimoine. Les personnes n'ont qu'un patrimoine. »

Voilà les grands dogmes de la théorie patrimoine qui ont été régis en principes par la Cour de Cassation.

La critique : Ils ont rendu un grand service parce qu'ils ont montré que tout partait de la personne. Mais ce qu'ils ont appelé patrimoine en fait, c'est la propriété. C'est une théorie subjective. Ils en font une émanation. Ce qui relie le patrimoine à la personne est la propriété.

Voir art.2025 c.civ.

Il n'y a plus de principe absolu d'unicité du patrimoine, on va vers la pluralité du patrimoine avec l'EURL.

Le patrimoine est un ensemble de biens qui a vocation pour répondre à l'ensemble de ses dettes sachant que ces dettes ne sont pas nécessairement toutes les dettes contractées. Cela signifie que certaines dettes contractées par elles peuvent être garanties par d'autres masses. Quand une personne devient débiteur, il ya 2 paramètres.

- Un paramètre subjectif

Mais il a une cause qui se situe dans un bien qui est en fait un effet passif. Les autres illustrations sont à venir. Par exemple, si un commerçant contracte une dette. Le créancier pourra l'obtenir à partir d'un bien. Le fonds de commerce n'est pas encore un patrimoine mais il est vraisemblable qu'il le deviendra.

On a parlé du patrimoine par rapport à la personnalité, aux dettes. Mais quels sont les types de biens ?

« Seuls les biens patrimoniaux intègrent le patrimoine. »

Ceci signifie que le patrimoine ne comporte pas tous les biens. Ce sont seuls les biens qui sont capable de garantir les dettes de son propriétaire. Comment ? En étant aliénable à titre onéreux, susceptible d'être échangeable contre de l'argent. En effet si une dette n'est pas exécutée, comment le sera elle ? Ce sera par équivalent, la monnaie, un équivalent général.

Or il existe des biens qui sont vraiment des biens qui sont appropriés, dont on est le maître, on a le pouvoir exclusif mais qui ne sont pas échangeables comme les pensions de retraite. Il existe donc beaucoup de biens non patrimoniaux.

Comment s'acquiert le patrimoine ?

La fiducie est un contrat par lequel une personne, le constituant, transfère à une autre personne, el fiduciaire, une base de biens en assignant au fiduciaire une mission qui l'accepte.

« Je vous transfère ces biens afin que ... »

La mission est de plusieurs types :

- Gestion. Le fiduciaire est le propriétaire pour autrui
- Garantie, sureté.
- Conservation : ancêtre du dépôt.
- Aliénation

La fiducie est une propriété affectée alors qu'ordinairement, elle n'est pas affectée. Le problème est celui du droit de poursuite des créanciers, le problème du passif.

Le fiduciaire reçoit un bien mais en réalité, un bien qui devient patrimoine parce que le ou les biens reçus par le fiduciaire ont pour fonction de garantir toutes les dettes né de l'exploitation de ces biens.

Ce patrimoine est séparé de celui du fiduciaire.

Si ce patrimoine fiduciaire est insuffisant, la loi prévoit une solution subsidiaire. (ENR)

Est-ce que cela veut dire que le fiduciaire n'est pas vraiment le propriétaire mais le mandataire ? Pour Revet, c'est non. Il est garant. La loi permet aux parties d'écarter cette solution par une décision expresse à condition qu'il y ait un patrimoine alternatif.

Pourquoi cette solution ? Le législateur français découvre la fiducie, c'est une institution romaine qu'on n'a pas réactivé. Pourquoi on en fait ? Parce qu'on est dans un monde qui se mondialise.

## **2. L'acquisition du patrimoine**

Le patrimoine s'acquiert d'abord par le seul effet de la naissance ou de la constitution, i.e. de l'acquisition de la personnalité juridique. L'acquisition du patrimoine est attachée à l'acquisition de la personnalité juridique. Ce qui signifie que pour qu'un patrimoine soit acquis à une personne, il n'est pas du tout requis qu'il soit propriétaire de biens patrimoniaux. Il suffit qu'elle soit une personne. Dans cette mesure, on voit que le patrimoine est une théorie subjectiviste, i.e. forgée autour de la personne juridique. Dans le droit romain, le patrimoine était l'ensemble des biens, c'était une théorie objective.

Depuis les réformes récentes et notamment la fiducie, nous savons qu'un patrimoine peut s'acquérir par contrat. La conclusion d'un contrat fait naître un patrimoine fiduciaire ou transfère. Autrement dit, l'acquisition d'un patrimoine n'est plus exclusivement liée à l'acquisition d'une personnalité.

## **3. Le fonctionnement**

Comment fonctionne le patrimoine ? C'est un ensemble de biens qui a une fonction, une seule, de garantie des engagements de la personne. Pourquoi un ensemble de biens a-t-il été érigé pour garantir ? Parce que quand une personne a une dette, elle doit exécuter cette dette. A partir de là, 2 solutions :

- Soit elle fournit spontanément l'objet de la dette
- Si le débiteur ne s'exécute pas. Comme la dette est une obligation juridique. On va mettre en œuvre des moyens forcés.

Très vite, on a du trouver une alternative à la contrainte. Dans un premier temps, on en avait déduit que le débiteur devenait l'esclave du créancier. Très vite, on a démarqué cette solution, pour l'abandonner. On l'a remplacé par une solution alternative sinon les obligations n'auraient plus été juridiques. On a du inventer une mesure d'exécution en cas de défaillance de cette personne : On a pris l'ensemble de ses biens saisissables.

D'où la formule : « Qui s'oblige, oblige le sien. »

Saisir un bien est préalable à sa transformation en argent et à l'attribution de l'argent à cette personne. Grâce à ça, les obligations sont juridiques. Comme universalité, le patrimoine fonctionne grâce à deux techniques : c'est la subrogation réelle et la frangibilité. La subrogation signifie que chaque fois qu'un bien nouveau entre dans le patrimoine, ce bien va garantir tous les engagements de la personne. Ceci est permis par la subrogation réelle.

La frangibilité, l'interchangeabilité veut dire que n'importe bien du patrimoine garantie la dette de la personne. (art.2284 et 2285).

## **4. La transmission**

Le patrimoine général existe quand la personne existe

### **A. La transmission du patrimoine général**

Un patrimoine général ne naît pas l'acquisition d'une personnalité juridique. Qu'advient-il quand une personnalité juridique disparaît ? Est-ce que le patrimoine disparaît ? Les biens et les dettes, sont-elles comme la personne, viagère ? La réponse est de principe négative. La seule mort physique du titulaire d'un droit ou d'une dette ne suffit pas à les éteindre. Ceci signifie qu'en principe les

dettes survivent à la personnalité juridique. On transfère les droits et les dettes de cette personne à une autre. Pour qu'il y ait transfert, il faut qu'il y ait transfert de patrimoine.

Il y a pour les personnes physiques, les droits de succession et pour les personnes morales le droit de la dissolution. Quand un personne physique, les héritiers ont pour vocation à se partager le patrimoine. Ils peuvent renoncer à la succession. Alors, il y aura à défaut d'autres héritiers, une extinction des dettes. Donc, le droit des successions organise le partage d'un patrimoine avec un droit de paiement direct des dettes contre ses héritiers après partage entre eux qui dépend de la côté part dans le patrimoine.

Alors, le patrimoine disparaîtra. Il n'a pas vocation à survivre au partage successoral. Il ne peut que survivre qu'au moment de la liquidation.

S'agissement des groupements, des règles particulières régissent le transfert de patrimoines selon les groupements. Le grand clivage est que les personnes morales soient lucratives ou non lucratives.

S'il s'agit d'un lucratif, 2 solutions :

- La société est dissoute car elle est absorbée. Dans ce cas, le patrimoine de la société absorbée va se fondre à la société absorbante. La société absorbante va devenir débiteur de toutes les dettes de la société absorbée.
- Il y a liquidation. Elle va retrouver les mêmes schémas que ceux des successions. La société est liquidée et ses associés sont comme les héritiers. Ils sont indivisaires du patrimoine social. Pour les non lucratifs, comme ils ne cherchent pas de gains financiers, ils n'ont pas de vocation à recevoir l'actif net. Si l'association n'est pas absorbée par une autre elle sera liquidée et son actif net sera transféré à une autre association ayant un but quasi identique.

## **B. La transmission du patrimoine d'affectation**

L'archétype est celui du patrimoine fiduciaire. Quand un contrat de fiducie prend fin, le patrimoine est soit liquidé mais ce n'est plus un patrimoine qu'on attribue. On peut aussi transférer aux bénéficiaire, le patrimoine fiduciaire. Le cas de la transmission du patrimoine est quand il y a automatiquement changement de débiteur.

# Leçons X & XI : Les incapacités

---

Ne pas savoir comment elle est résolue, elle peut être toujours surmontable.

Pour les comprendre, il faut partir de la personnalité juridique, c'est une aptitude à agir juridiquement, i.e. à créer des droits par décision de volonté et à subir, supporter des dettes car l'activité sociale est créatrice de dettes. Le sujet est donc une capacité. Le législateur pose souvent en synonyme personnalité et capacité. La capacité est inhérente à la personnalité. Cette capacité va se subdiviser. On peut en principe tout faire. Il suffit de le vouloir et de la pouvoir matériellement.

Elle est bornée par le principe de spécialité. Les personnes physiques n'ont pas de but. C'est pourquoi on ne peut pas tout faire. Les incapacités sont des restrictions à la capacité. On observera qu'on dira « La capacité », « Les incapacités ». Alors, dans les faits, les incapacités restreignent les capacités. Mais elles ne suppriment pas la personnalité. Elle ne supprimerait que si elles supprimaient tout. L'incapacité générale de jouissance est interdite. Il y a donc des capacités de jouissance qui sont spéciales. Par contre, il existe des capacités d'exercice. Il peut être général ou spécial.

Il faut aussi les distinguer au nom de leur motif. Pourquoi restreindre la capacité ? Tantôt dans un souci de protection de la personne elle-même. C'est le cas du mineur. En raison de son immaturité, il est frappé d'incapacité générale d'exercice. Mais un mineur peut permettre contracter certains cas. A partir de 16 ans, les parents peuvent l'émanciper, i.e. anticiper son accès à la pleine capacité.

Les majeurs sont par principe pleinement capables mais peuvent nécessiter une certaine protection. Ex : La prodigalité. Les autres sont des incapacités de défiance. Il s'agit de protéger la société contre la personne. En général, il intervient après un comportement préjudiciable. L'interdit légal est un condamné légal qui est dans une incapacité d'exercice.

Ex : Si je mandate une personne pour vendre un bien, il ne peut pas l'acheter. C'est une incapacité juridique du mandataire.

Le fonctionnement de l'incapacité

Quand une personne est dans une incapacité de jouir d'une chose, i.e. de l'acquérir, elle doit supporter cette interdiction sans possibilité de la contourner par une formule quelconque. Elle se résout par une annulation en cas de transgression (ex : art.1591 c.civ).

Pour les incapacités d'exercice, la tentation très grande est de trouver un complice pour jouir à leur place. Ceci s'appelle en droit la personne interposée. Si quelqu'un a dans le but de profiter à quelqu'un incapable, la nullité sera étendue.

L'incapable peut acquérir un droit mais ne peut pas les exercer. Cela équivaut à ne pas leur attribuer un droit. L'incapacité d'exercice appelle la solution par un tiers. L'incapacité appelle en principe à la représentation. Le représentant est celui qui se met au service d'une autre personne juridique. Il y a une sorte de détournement. Du coup, le droit des incapacités s'attache à identifier les types d'incapacités, organise les modalités de désignation, définit les pouvoirs du représentant, les sanctions de ces pouvoirs, le contrôle de ses pouvoirs, la cessation de ses pouvoirs le remplacement du représentant et la fin de l'incapacité.

S'agissant ainsi du mineur, la loi désigne les parents comme les représentants du mineur. Cette administration des parents est appelée administration légale. Elle n'est qu'un aspect de l'autorité parentale. En rémunération du service, les parents ont la jouissance légale, les usufruits appartiennent aux mineurs sauf sur les salaires. Dans l'administration légale, soit elle est dite pure est simple quand les parents ont reconnu l'enfant, alors, l'idée est que les parents se contrôlent l'un l'autre. Est-ce qu'un acte modifie la constitution du patrimoine, elle modifie la valeur ? Un acte qui modifie la structure, c'est un acte d'administration. Quand il y a un parent en administré, l'administration est dite sous contrôle judiciaire. Quand un enfant n'a aucun parent administrateurs, on ouvre alors une tutelle. Il comporte un organe qui est le conseil des familles, un tuteur et le subrogé tuteur qui remplace le tuteur dans certains cas. Tout cela s'organise avec le juge des tutelles. Le conseil de famille autorise les actes de disposition.

Pour les majeurs, il y a une fausse incapacité, c'est la sauvegarde de justice. Elle n'est pas une incapacité. C'est une protection car elle favorise l'annulation de ses actes pour trouble mentale. Il y a la curatelle, elle ne consiste pas à remplacer le majeur mais à lui imposer une assistance pour certains actes. Il y a une tutelle qui est largement calquée sur celle des mineurs.

# Leçon XII : La personne humaine

---

## 1. Notion

La personne en droit désigne aujourd'hui 2 réalités très différentes : personne juridique et personne humaine qui est la représentation de la personne réelle. Là dessus est arrivée la révolution médicale et biomédicale qui a fait cette distinction. La personne revendique une maîtrise de son être de plus en plus importante. La personne humaine est objet de droit. C'est donc une dimension de la personne qui était connue, la qualité de sujet.

## 2. La théorie générale des droits de la personnalité

Pour répondre à ces nouveaux besoins, les juristes se sont mis à créer de nouvelles solutions. Ces nouvelles solutions ont été puisées à différentes sources et ont conduit à la formulation d'une nouvelle catégorie.

### A. La théorie classique des droits de la personnalité

La notion de droit de la personnalité a été forgée dans la première moitié du XXème siècle afin d'exprimer la situation des composants de la vie humaine. On a décidé de considérer que ces éléments de la théorie classique sont des objets du droit subjectif. En effet, c'est un pas considérable que d'admettre que la personnalité puisse être l'objet d'un véritable droit subjectif.

Le deuxième apport consiste à dire que la personnalité se démarque des biens. Il n'est pas approprié dans la mesure où l'on considère que la personne humaine ait une valeur différente aux choses. Par conséquent, la personne humaine échappe au régime des biens.

La théorie classique que le patrimoine est la somme de tous les biens. Par conséquent, que donne comme pouvoir les droits de la personnalité, un pour voir d'interdire. Le sujet peut protéger par l'interdiction les différents éléments de son être concret qui sont l'objet d'une convoitise par autrui. Il a été forgé en doctrine avec Perreau au début du siècle dernier, Roger Nerson a soutenu une thèse sur les droits extrapatrimoniaux et Pierre Kayser a repris dans les années 1960 la théorie de la personnalité.

La jurisprudence a assuré les droits de la personnalité par la responsabilité civile délictuelle (art. 1382 c.civ.). On a érigé en faute délictuelle l'atteinte à l'image, au corps. La CEDH de 1950 dans son art.8 a proclamé au droit au respect de la vie privée. Le c.civ en 1970 a dans l'art.9 pour affirmer le droit au respect de la vie privée. Puis des lois particulières sont venues ensuite. La loi informatiques et libertés de 1978 l'a complétée. Dans le domaine du corps, la loi du 29 juillet 1994, dans l'art. 16 à 16-9 pour accueillir un autre chapitre sur le statut du corps humain. Il faut ajouter que dans le domaine médical et biomédical, il y avait le legs de cornée. La circulaire de 1968 organisait le don d'organes. Le plasma, les cellules, le sang en 1954.

### B. La théorie moderne

Il faut faire la critique de la théorie classique. Ce n'est pas juste mettre une appréciation approximative des différents éléments. Que peut on approuver ? Que peut-on moins approuver ?

La personnalité est l'objet d'un droit subjectif. On a le sentiment que pour le franchir, on a voulu démarquer la personnalité, des choses. C'est ici l'erreur. Un droit subjectif a toujours pour objet une

chose. Ce que refuse la théorie de la personnalité est que la personne humaine puisse être une chose. Par conséquent, tout le régime autre que celui qui est découlé est sujet à caution. Par exemple, on dit que la personnalité n'est pas dans le patrimoine. Ceci est indéniable si on veut dire que la personnalité n'est pas saisissable mais faux si la personnalité n'est pas dans le commerce juridique. Quand la doctrine dit cela, elle veut à la fois qu'elle ne soit pas un bien saisissable et pas du tout un bien. Cette idée est démentie par la réalité positive. Est-ce qu'il existe un contrat où une personne à une autre à reproduire cette image ? Il existe, il n'est pas nul. Ceci fait qu'il est un objet du commerce juridique. La personnalité n'est pas un bien mais on ne condamne pas un contrat qui fait qu'une personne un bien. C'est un sophisme car il y a un pouvoir direct autorisé. La théorie classique est prisonnière d'un postulat idéologique. Il ne faut pas admettre la personnalité comme une chose. Pour la théorie moderne, la personnalité est une chose et même un bien. Moyennant quoi, les droits de la personnalité ne sont que des propriétés spéciales et par conséquent un bien soumis à un régime différent. Par exemple, alors que les biens ordinaires sont en principe aliénables, la personnalité ne l'est pas. Si jamais une personne puisse aliéner la personne humaine, cela veut dire qu'il peut aliéner sa personnalité juridique. Or, elle est interdite. Quand nous donnons notre sang, on transfère à une agence la propriété de ce sang. Ce qui est interdit par la loi est qu'il se fasse avec des contreparties. L'idée est que la personne est réduite à une chose que les juristes préfèrent nier la réalité. Du coup, l'origine du droit de la personnalité devient limpide.

### **3. Le corps humain**

#### **I. La nature juridique du corps**

##### **A. La notion du corps**

Le corps est la personne mais la personne non juridique, autre que juridique. Ce qui permet d'exclure du domaine du corps humain, la personne en gestation et la personne décédée.

Quelle est la nature juridique de l'embryon ? Elle n'est pas la personne humaine mais au mieux l'être humain (art.16). L'être humain est l'être vivant qui n'a pas atteint de maturation. L'embryon est une partie du corps d'autrui. Ceci explique le pouvoir juridique de la mère. Il peut en obtenir la destruction sur simple décision de sa part avant 12 semaines. L'embryon et le fœtus peut être détruit avant la période de gestation. Pour ce qui est de l'IVG, le conseil d'Etat a jugé que le père n'est pas recevable à s'opposer efficacement. L'embryon étant porté par la mère, cela suffit à la mère à en être souveraine. Pénalement, l'homicide involontaire (négligence) d'un embryon est-il un véritable homicide ? A cette question, la Cour de cassation a répondu négativement. Cela provoque en droit des disputes considérables. L'embryon est une chose certes mais non ordinaire. S'agissant de la personne décédée, le cadavre, n'est pas une personne, il est une chose dont le statut révèle qu'il n'est pas approprié. Il est vrai qu'avant de décéder, le sujet de droit qui a pour support une personne humaine, peut régler le sort de son corps. Chacun a le droit de régir le destin de son corps. Par ailleurs, la loi permet à chacun de léguer son corps à la science. Mais il s'agit d'un legs. Pour le reste, la dépouille mortelle n'est pas la copropriété des héritiers. Elle est une chose non appropriée, c'est une sorte de reste sans maître, qui doit joindre une des orientations, soit l'enterrement soit la crémation.

##### **B. La qualification juridique du corps humain**

Sachant que c'est une qualification doctrinale, parce que c'est une question controversée et parce que la jurisprudence s'occupe peu de qualification, dans la doctrine moderne, le corps est une chose. C'est une chose appropriée, i.e. un bien.



## II. Le pouvoir de jouissance du corps

Le régime du corps humain se manifeste par un ensemble de prérogatives dont les unes sont négatives, d'autres positives.

### A. Le principe d'inviolabilité du corps humain

L'art. 16-1 al.2 l'affirme. Ceci signifie que la personne dispose du pouvoir juridique de s'opposer à une atteinte de son intégrité physique. Le consentement de la personne est requis étant précisé que dans un certains nombre d'hypothèses, le consentement est sans effet. Le consentement de la victime est pour le moment sans effet. Il suffit d'observer l'évolution des législations notamment sur l'euthanasie, que dans certaines circonstances, le consentement de la victime aura pour effet d'effacer le caractère attentatoire. Par exemple, si une personne de consentement réciproque a une relation sexuelle, aucune faute civile ni pénale n'est caractérisable. Si les deux mêmes personnes ne le sont pas, c'est le viol. C'est ce raisonnement qui vaut aussi en euthanasie. Chacun dispose d'un pouvoir d'autonomie personnel qui justifie que les atteintes. (Arrêt K.A et A.D contre la Belgique CEDH, 17/02/2005)

Commentaire : Dalloz année 2005 n°2273

### B. Les utilités corporelles

Chacun est propriétaire de son corps. Il a donc le pouvoir de jouissance exclusif.

#### a) L'usus

Toutes les parties du corps sont sous la maîtrise exclusive de chaque personne. Nul ne peut être forcé à s'alimenter. Chacun a la jouissance exclusive des informations dont son corps est le siège. Chacun a des informations qui appartiennent à chacun. Par conséquent si un chercheur a accès à ces informations, elle ne peut pas les exploiter sans le consentement. La loi civile s'intéresse plutôt au risque pour la liberté individuelle.

#### b) Le fructus

Le corps humain produit des fruits. Les fruits appartiennent au propriétaire (art. 546 c.civ). Par voie de conséquence, les fruits du corps appartiennent au propriétaire. Le code de la santé publique organise abondamment la collecte, la cession des éléments produits du corps humain. (Organes, plasma, etc.) Il le fait sous des principes : gratuité, libre consentement, anonymat. Ceci étant, à côté, les usages à titre onéreux sont admis. Par exemple, le contrat de travail, on permet à un employeur de jouir de la force de travail du salarié. Le c.civ. l'appelle le louage de service, ce sont les *opere*. C'est un contrat à titre onéreux.

L'expérimentation biomédicale. Depuis que la médecine progresse et qu'elle pratique la chimiothérapie, on a besoin de cobayes. En 1988, on a réglementé le statut de cobaye. La loi prévoit une indemnité compensatrice des contraintes subies. Mais on ne peut dépasser 3000€ par an.

#### c) L'abusus du corps

Abuser, c'est détruire matériellement, c'est outre-user en portant atteinte à la substance de la chose. Du coup, la personne juridique, propriétaire de la personne humaine, peut le détruire. Existe t il un droit au suicide ? On a certes le droit d'abuser au corps, mais il n'est pas distinct du droit de propriété. En revanche, une autre discussion est de savoir si on peut obtenir d'autrui l'homicide ou l'euthanasie. En droit français, on a fini en 2005 à adopter une loi où une personne peut vouloir l'arrêt du traitement quand il n'a plus de possibilités de guérir. C'est de l'euthanasie passive.

Une limite générale existe. La limite générale est le principe de dignité de la personne humaine. C'est un principe nouveau. C'est un principe qui signifie que la liberté de l'individu ne connaît qu'une vraie limite : quand son exercice dégraderait l'image collective de l'homme.

Par exemple, une personne atteinte de nanisme, va conclure un contrat de spectacle où il va se prêter au lancer de nain. Un maire a interdit une activité de lancée de nain. Le conseil d'Etat dit qu'elle interdit le lancer de nain car elle porte atteinte à la dignité humaine. En effet, la dignité est ce qui peut être encore collectif dans une société parce que c'est l'image de l'homme en question. L'individu ne peut pas dégrader l'humanité au nom de sa liberté.

Mais dans l'affaire SM, on n'a pas estimé qu'il y a atteinte à la dignité telle qu'elle devrait interdire. Tout dépend où l'on fait passer le curseur. Si l'on déplace le curseur près de la liberté, on a des décisions différentes. La CEDH développe une synthèse qui est plutôt assez offensive du point de vue du libéralisme. Les juridictions françaises sont moins ouvertes traditionnellement que les juridictions européennes.

L'autre limite : le principe de « non patrimonialité »

La loi art.16-5 c.civ. Il faut comprendre que dans ce principe, c'est un principe de gratuité. Le corps est en principe soumis à un régime de gratuité. On aurait mieux fait de parler de non onérosité et non de non patrimonialité. Mais si le principe est celui de la non onérosité, il y a des exceptions.

Au droit de disposer du corps humain

On va distinguer selon que le contrat a pour objet le corps dans sa totalité et ceux qui ont qu'une composante du corps.

Le corps humain, c'est le siège de la personne humaine. La personne humaine est essentiellement humaine. La distinction entre corps et âme est philosophique qui ne saurait empêcher que l'âme n'a pas d'existence pour le droit en dehors du substrat corporel. L'âme c'est l'intelligence, i.e. la mise en œuvre de facultés intellectuelles. L'âme en droit n'existe pas comme objet alors que le corps oui. Comme siège de la personne humaine, le corps ne peut pas fait objet d'opération d'aliénation. Le corps n'est pas aliénable. L'explication est que si l'on transfère la propriété du corps, on place alors ce corps dans la chose d'une autre personne. Il ne peut plus être le support de la personne qui l'a aliénée, ce qui équivaut à un suicide juridique. La loi n'autorise pas le suicide juridique parce que le début et la fin ne sont pas du pouvoir individuel.

*L'abusus*, destruction matérielle mais elle ne peut détruire sa personnalité juridique. Mais quand on se suicide, indirectement, j'teins ma personnalité ? C'est une conséquence, ce n'est pas un effet directement obtenu. Il n'y a pas de pouvoir individuel sur le sujet de droit. Cette considération rejoint un autre motif, c'est une considération d'ordre morale. La morale, collective, qui détermine une solution juridique, répugne à admettre qu'une personne puisse se vendre au sens strict du terme.

A côté de cet acte interdit, il y a des actes permis relativement au corps dans sa globalité. Ce sont les actes de concession où une personne permet à une autre de jouir d'une chose pendant un certain temps. C'est un transfert de quelques utilités d'une chose. Certains actes de concessions, sont à titre onéreux comme le contrat de travail. L'autre exemple, le contrat de prostitution est un contrat où une personne concède à une autre l'utilité d'une partie du corps. Les actes à titre gratuit comme l'expérimentation médicale.

Il y a des contrats qui intéressent une partie du corps. Ce sont les produits.

Contrairement au corps, les éléments du corps, certains, sont aliénables sous une double condition : qu'il soit dissocié du corps, et que leur séparation soit sans dommage pour le reste de la personne. Ce n'est pas parce qu'un élément peut être dissocié juridiquement, il ne le sera pas s'il entraîne un handicap physique. Somme toute, la loi est assez libérale. Il y a la dissociation naturelle, qui ont vocation à se séparer matériellement comme les cheveux, la sueur, le lait. Ils peuvent faire objet d'un commerce. D'autres ne peuvent être valablement négociés que sous une stricte réglementation comme le sperme. En effet, du point de vue de la légalité, il ne peut qu'avoir un don de sperme, mais ce don doit être recueilli par des banques habilitées.

Pour les autres éléments, il faut une intervention pour procéder au recueillement. Ceci restreint les conditions d'exercice de cette activité. La loi encadre toujours du côté du receveur. Le don d'embryon est le plus encadré. La loi permet qu'il soit donné à un couple en difficulté de procréation en son matériel génétique. Il faut une autorisation donnée par le président du TGI. Tout fonctionne comme s'il y avait une adoption de l'embryon qui rend irrévocable la décision des parents adoptifs.

En France, il est interdit de concevoir un embryon dans un but essentiellement scientifique. L'embryon pour la loi est la propriété des parents. Dans les limites fixées par la loi, qui oriente l'action sur l'embryon est l'action des parents. La propriété n'est pas un instrument qui dégrade mais qui assure la protection du corps.

En 2009, on va réviser les lois bioéthiques. Il est assez vraisemblable d'accepter la fabrication d'embryons à des fins scientifiques.

## **4. L'image et la voix**

### **I. La nature juridique**

#### **a) L'image**

En droit, quand on parle d'image, cela peut désigner 2 types de chose. Il y a une diversité de sens du mot image qu'il faut lever. Le premier sens est le sens vulgaire, c'est la reproduction d'une forme. Une statue, une photo, constituent une image. Sa caractéristique dans ce sens est qu'elle est dissociée à ce qu'elle reproduit.

Le deuxième sens est celui qui désigne la forme extérieure d'une chose. L'image est la forme extérieure d'une chose, c'est la dimension visible d'une entité. Mon image n'est pas ma photographie mais moi-même. Dans ce sens, l'image est partie intégrante du corps. Notre image n'est pas distincte de nous comme être physique. C'est pourquoi, l'image est un droit de la personnalité. En effet, elle n'est qu'une dimension de la personne humaine.

#### **b) La voix**

La voix est l'ensemble des sons qui émanent d'une source qui la signale, la renvoie mais qui en sont distincte. Ma voix vient de moi, elle est un son. Sans doute moins immatérielle, le son a une dimension corporelle incontestable. Mais ce n'est pas la personne, cela vient de la personne. Il faut encore distinguer, le son en lui-même du message qu'il porte.

Il y a un second sens, c'est l'ensemble des organes émetteurs de sons. Ce par quoi je parle, voilà ma voix. Donc, la voix est comme l'image, une partie du corps. Elle est la jonction entre le corps et la société elle est tournée vers l'extérieur.

## **II. Le régime juridique**

Aussi bien l'image que la voix, sont l'objet du droit de la personnalité. Ce droit de la personnalité s'inscrit dans la théorie classique, i.e. la jurisprudence et la doctrine les soumettent à la vision qui est encore vivante. Elle est un patrimoine, pas une propriété pas dans le commerce. La conséquence est qu'il y a contradiction entre une réalité positive et un discours général. Est que la voix est un bien ? La doctrine dit non. Pourtant, il y a un pouvoir exclusif de jouir. C'est la raison pour laquelle, il vaut mieux qualifier plus exactement ces objets en reconnaissant qu'il sont objets d'une propriété parce que ce sont des choses utiles et rares donc des biens. Parce qu'aussi cette propriété est en harmonie avec les droits qu'on reconnaît à chacun de sa voix. La jurisprudence reconnaît à chacun un monopole des sons qu'on émet.

Ces pouvoirs de propriétaires ont toujours des limites. Ces limites sont diverses et variées. La première limite est l'espace social. Quand une personne se déploie sur l'espace sociale, il ne peut empêcher quiconque de la regarder. De même quand une personne converse en publique. Le seul fait d'être dans l'espace social, on ne peut pas fixer (enregistrer, etc.). Quand on fixe une image, on utilise cette voix et cette image. On met en œuvre une de leurs caractéristiques qui est la reproductibilité ou à être fixée.

C'est pourquoi chacun a des droits sur l'enregistrement de sa voix. L'image reproduite est un fruit de l'image elle-même. L'image reproduction appartient comme fruit à l'image source, à la personne. Quand la reproduction est en même temps l'expression de la création artistique, il y a une copropriété.

Deuxième limite : quand on est sur l'espace publique, quand on y participe à un événement public, la liberté d'information étant, on ne peut s'opposer. En revanche, quand on est dans une activité publique, mais dans une information différente sur cet événement, on peut déférer.

Troisième limite : quand on exerce une activité publique, fondée notamment sur la communication collective ou sur la notoriété, on doit supporter une fixation de l'image dans la mesure où on est soumis à une plus grande curiosité légitime de ceux dont la profession est d'informer. Ceci permet de déroger, de capter l'image ou la voix afin de déduire des informations sur leurs situation personnelle même s'il n'y a pas corrélation.

Dernière publique : l'ordre publique.

## **5. La vie**

### **I. La vie privée**

L'art.9 c.civ.

#### **a) Qu'est ce que la vie privée ?**

La vie privée est une notion délicate qu'on rencontre parce que probablement, depuis toujours, on l'a mal abordé. La vie privée renvoie à l'existence en elle-même. Comment saisir la vie au point de vue social en raison du caractère dynamique de la vie ?

La vie privée est en réalité, à l'origine, une espèce de développement de la vie dans le domicile. Pour bien le comprendre, la vie privée est une notion moderne. C'est une invention issu de l'invention de l'individu. C'est quand on a arraché l'individu du groupe après avoir vécu dans une société holiste. La vie privée a été inventée notamment pour bâtir autour du sujet un espace de pleine maîtrise de

soi, ce qui est un moyen de construire socialement l'individu. On a commencé par bâtir le domicile qui a été le premier lieu de la vie privée.

Dans un deuxième temps, quand l'individu s'est affirmé, on a au nom de la vie privée, affirmé son droit profond devant tout le monde.

C'est la liberté d'être soit en tout temps, en tout lieu : déclinaison de la liberté individuelle. Ce que cette dynamique laisse comme souvenir sont les informations.

Voilà somme toute ce qu'est la vie privée.

### **b) Le régime**

La doctrine classique considère que la vie privée est un droit de la personnalité. Un droit défensif, extrapatrimonial, non constitutif. La doctrine moderne considère que les informations, de la vie privée sont d'une propriété spéciale. Chacun a donc le monopole de la jouissance, et de la disposition des informations qui composent sa vie privée.

Le droit positif assure une jouissance assez forte contre certaines captations de la vie privée. Chaque fois qu'on a cherché à connaître les informations, en s'initiant dans un espace privée, la loi pénale érige cette éviction en un délit. Ici, nous retrouvons la jonction entre vie privée et domicile. Autrement dit, lorsque la vie privée se déploie sur l'espace publique, le détournement des fichiers informatiques, la constitution de fichiers illicites pour la CNIL, tout cela est réprimé.

Chacun est maître de sa vie privée. Chacun peut conclure des contrats à son propos. Ces contrats sont de concession. Cette diffusion, peut se faire moyennant rémunération.

Les limites se retrouvent aussi en manière de vie privée.

## **II. Le domicile**

Il désigne le lieu, le principal établissement d'un sujet de droit (voir art.102 c.civ). Les personnes ont nécessairement un domicile surtout pour localiser leurs dettes et leurs droits. Aussi c'est pour savoir où fournir les prestations. C'est le caractère impératif du domicile.

Le domicile de la personne humaine est un territoire géographique mais qui n'est pas nécessairement le lieu de l'exercice de ses droits, de sa localisation mais le déroulement effectif de son existence. Il va être protégé comme tel. Protéger un domicile en effet, c'est encore protéger la personne. La maîtrise du domicile par la personne suppose qu'elle maîtrise une portion de territoire ; C'est pourquoi, pour le domicile de la personne humaine, la loi et la doctrine sont indifférents. En jurisprudence, on a pu aller jusqu'à assimiler un bureau du lors qu'il est celui personnel d'un individu, comme domicile. Sous un certain point de vue, le conseil constitutionnel a étendu la voiture comme domicile.

On retrouve la logique des droits de la personnalité, i.e. existence d'un monopole d'une personne sur un territoire. Je suis locataire, cet appartement est mon domicile car il me protège de ma personne. A ce principe, il y a des limites mais ils confirment ces principes.

On ne peut accéder au domicile par la force entre 06 :00 à 21 :00 hors enquête de flagrant délit. Pour saisir le mobilier, on peut procéder à l'éviction forcée mais sous autorisation, par la présence d'un conseiller municipal.