

Introduction au droit

PRESENTATION

Droit: Régler les interactions sociales pacifiquement.

Jurisprudence : Décisions de justice prises

Ubi societas ibi jus : Là où il y a une société il y a forcément du droit.

Le droit est consubstantiel à toute vie sociale. Dont les universités de droit ont été les premières. A l'instar de la médecine, le droit est nécessaire à la vie (sociale.)

BIBLIOGRAPHIE

[Introduction générale](#) (droit civil) de P. Malaurie et P. Morvan (éd. Defrénois.)

[Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil](#) de J-L. Aubert (éd. Sirey.)

[Introduction générale au droit](#) de F. Terré (éd. Dalloz) (le meilleur des livres.)

[Droit civil : Introduction/Les personnes/Les biens](#) de G.Cornu (éd. : Montchrestien.)

QUALITES ET EXAMENS

Qualités de fond (Régularité, mémoire, esprit logique, l'imagination, la culture G, prudence : modération de ton, d'idées et de propos, pondération des opinions.)

Qualités de forme (écriture, langue française, clarté, précision de vocabulaire, rigueur et nuance, la concision.)

Contrôle du savoir et savoir-faire. 20aine de question sur le cours (répondre en quelques mots.)

Puis exercice de raisonnement (analyse de texte, mini cas pratiques.)

INTRODUCTION

I – Essai de définition du droit

A – Définition substantielle

Le premier sentiment est que le droit est constitué d'un ensemble de règles. Un arrêt de cours de cassation, un jugement de tribunal, ce n'est pas une règle et pourtant cela est constitutif de droit.

Donc, en substance, c'est un ensemble de règles et de décisions.

Les auteurs et leurs théories (ex : classification des peines) participent à ce domaine. Le raisonnement fait aussi parti du propre du droit.

Deux approches de ce qu'est le droit en substance :

✘ Ensemble de données à connaître

✘ Manière de les combiner et de les articuler pour parvenir, au travers d'un raisonnement, à une décision.

C'est une science, un savoir mais aussi un art.

B – Une définition formelle du droit

Constituent le droit, la règle ou la décision qu'une autorité régulièrement instituée pour se faire, désigne comme tel.

Le critère de la juridicité provient de l'autorité qui l'énonce.

Organes :

✘ Pouvoirs politiques et leur démembrement.

✘ L'administratif (collectivités territoriales, État,...)

✘ Les juges.

Les sources du droit sont issues du parlement et du prétoire (loi et juge.) C'est sources sont hiérarchisées. Ce qui vient du pouvoir politique prime et le juge l'applique (la loi.)

En réalité, il y a des rapports de distorsions entre le juge et le législateur (2 facteurs) :

✘ Impossibilité pour le législateur de prévoir tous les cas particuliers où la règle qu'il édicte va pouvoir jouer. Portalis (Le discours préliminaire à la présentation du Code Civil de 1803) « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats et aux jurisconsultes, pénétrés de l'esprit général des lois à un diriger l'application. »

Cela fait que le juge à des marges de manœuvre.

✘ La loi et le juge n'ont pas le même rapport au réel. Le législateur voit les choses de manière macro économique, il ne voit pas les cas individuels et regarde les effets globaux. Le juge, à l'inverse, ne voit que les cas concrets. Il voit que dans certains cas, l'application de la règle peut sembler absurde ou peut avoir de mauvaises conséquences. Le juge va avoir tendance à adapter la règle aux particularismes d'un cas pour faire preuve d'équité et de bon sens. Cela pourra contrecarrer l'obligation

de la règle édictée, celle-ci, sans connaissance des particularités. Il peut y avoir des différences de positionnement qui sont des sources de tension entre le législateur et le juge. Mais dans le même temps, cela participe de la complémentarité. Cela affirme, par ailleurs, le caractère démocratique de la loi.

LES FINALITES DU DROIT

Le législateur comme le juge, poursuivent apparemment le même idéal qu'on appelle la justice. Mais le mot « justice » est équivoque et on ne l'applique pas selon son bon entendement.

Le droit doit établir, instaurer, un ordre qui sera respecté afin que chacun sache ce qu'il a licence de faire et ce qui lui est interdit. Le droit va poursuivre ce but en essayant d'établir un ordre qui soit aussi juste que possible.

- ✘ Établir un ordre et le faire respecter.
- ✘ Développer un ordre respectable.

A – L'instauration d'un ordre respecté

Un ordre, c'est l'agencement cohérent d'un ensemble de choses.

Les données (règles et décisions) ne se constituent en un ordre que si elles s'agencent de manière logique. Il y a une contrainte logique.

1 – Un agencement logique des règles et des décisions

✘ Agencement logique des règles : Le droit se compose d'une multitude de règles. Pour qu'elles fassent ordre, ces règles ne peuvent normalement pas se contredire les unes les autres. Principe de non-contradiction. Mais ex : Le vol est puni et annonce telle sanction. Mais plus loin il est indiqué que le vol n'est pas punissable entre conjoint. Impression de contradiction.

Il y a donc des techniques de résolution de contradiction (3 techniques) :

- ◆ Attribuer un domaine technique différent à chacune des règles apparemment contradictoires. On dira que l'une des deux règles forme le principe général et que l'autre est une particularité. Il y aura un domaine général et un domaine spécifique.
- ◆ Hiérarchiser les règles.
- ◆ En faire disparaître une, en interprétant l'une des deux règles de manière telle qu'elle ne contredise plus l'autre. En retoucher le sens pour faire disparaître la contradiction.

Cet ordonnancement logique du droit facilitera l'apprentissage de ces règles par les citoyens. S'il y a ordre, il y a logique et compréhension. Il est alors intelligible donc il est possible de le connaître et par la suite, de le respecter. Mais il faut encore que leur application par les autorités (l'administration et les juges) soit logique.

✘ Agencement logique des décisions : Quand les conditions sont réunies la règle s'applique sans choix. Mais l'essentiel du contentieux se noue sur des situations intermédiaires. Soit les conditions d'application de la règle sont imprécises, soit l'on ne sait pas si toutes les conditions d'application de la règle sont réunies pour qu'elle soit appliquée. Ex: Roule en voiture sur une pelouse où il est interdit de marcher. Donc application logique par le juge par un raisonnement argumenté. Ce raisonnement va être à son tour logique.

Il y a plusieurs enjeux à cette logique :

- ◆ L'application logique des règles est une garantie d'égalité car la logique formelle postule de traiter identiquement des situations identiques. La logique conduit à traité de même des situations analogues et semblables.
- ◆ C'est une garantie de prévisibilité des décisions. Cela permet la sécurité dans l'action. L'application logique est une garantie la sécurité juridique. La sécurité juridique est l'une des valeurs primordiales du droit. Mais elle n'a d'intérêt que si les infractions aux règles des lois sont sanctionnées.

2 – Un ordre sanctionné

Sanction : Suite logique d'une situation.

✘ Diversité des sanctions : Il y a trois ordres de sanctions.

- ◆ Sanctions administratives : prononcées et appliquées par l'administration de manière spontanée. Elles attribuent un titre à quelqu'un ou mesure unilatérale prise par l'administration pour briser la résistance d'un citoyen face à une règle. Délivrance du permis de conduire, saisi par huissier pour non-paiement d'impôts.
- ◆ Sanctions pénales : prononcées par un juge en cas d'infraction à la loi pénale (caractérisée par une amende ou une privation de liberté.) Ce sont des sanctions uniquement punitives et prises en charge par l'État (prison) ou qui profite à l'État (amende.) La crainte de la sanction pénale est une profonde garantie du respect du droit.
- ◆ Sanctions civiles : Peut être une sanction positive (reconnaissance) ou négative. Ex : Reconnaissance de paternité et donc de filiation. Si le demandeur est l'enfant et le défendeur le supposé père et que la filiation est prouvée, le juge sanctionne la réalité de la filiation. Le demandeur pourra bénéficier en conséquence de l'héritage par exemple. Demande de réparation pour dommage. Cette sanction profite à une personne civile ou l'État.

✘ La nécessité de la sanction :

- ◆ C'est une nécessité au point de vue de l'auteur de la règle de droit. L'existence de la sanction est le moyen d'être obéi. Le droit est profondément un enjeu de pouvoirs politiques. Lutte pour être en position de faire le droit.
- ◆ L'existence de la sanction est aussi une nécessité du point de vue du citoyen. Il doit pouvoir compter sur l'application de la sanction en cas de méconnaissance du droit. Pour être protégés et pour prévoir le comportement qu'ils doivent eux-mêmes

adopter. La sanction permet de gouverner les hommes et permet de se gouverner. Parce que la loi peut être sanctionner, les citoyens anticipent ce qu'ils font.

✘ Le caractère étatique de la sanction : Pour qu'une règle soit considérée comme juridique, il faut qu'il y ait un juge étatique. Permet de considérer que la règle est d'ordre juridique. Cela permet de distinguer l'ordre juridique des autres ordres normatifs. C'est un caractère organique. La morale, l'habitude... sont sanctionnées, mais pas par un juge. Il s'agit de sanctions non étatiques. Le phénomène du lynchage, la personne est sanctionnée. Mais la règle n'est pas d'ordre juridique. Mis au ban d'une communauté (famille, voisins, etc.) Sanction pour méconnaissance d'une règle mais qui n'est pas juridique. La justiciabilité de la règle fait son caractère juridique. L'ordre juridique ne sera jamais autant respecté qu'il sera respectable.

B – Un ordre respectable

Pour susciter l'adhésion des citoyens, le droit a intérêt à se revendiquer de la morale et de la justice.

1 – Ambiguïté des rapports du droit et de la morale

✘ Notion de morale : Mot polysémique :

- ♦ Sens classique : (décrit par de nombreux auteurs comme Ripert), c'est une morale judéo-gréco-chrétienne. C'est la morale des sociétés occidentales. Binôme responsabilité individuelle/morale individuelle. La tempérance, la charité, l'amour d'autrui, la constance (fidélité à soi, fidélité à la parole donnée), fidélité aux autres, la loyauté, la sincérité, la prudence... La traduction juridique existe. Ex : bonnes mœurs.

- ♦ Sens moderne : Déchristianisation de la société, refoulement au profit de l'hédonisme (consiste à ramener le principe d'action de l'être humain à la recherche de son plaisir.) Entraîne une subjectivisation, une individualisation de ce que commande la morale, donc une atomisation de la morale. Ramène la morale à un ensemble de valeurs qui pèsent sur tout le monde sans que rien de collectif venu la remplacer.

✘ Des éléments d'affinité : Il y a des affinités entre le droit et la morale :

- ♦ Sur le fond, car le droit et la morale expriment un ensemble de valeurs qui sont hiérarchisées.
- ♦ Sur la forme : la morale et le droit utilisent des règles de comportement.

✘ Des éléments de distinctions : Il y a des éléments de distinction :

- ♦ Le critère de la sanction : le droit est sanctionné étatiquement par les pouvoirs publics. Il y a sanction, pour la morale, par la réprobation de la conscience.

- ♦ La fidélité : La morale vise au perfectionnement de l'individu en parlant à la conscience. L'être parfaitement moral est celui qui ne fait que le bien. La morale vise à cela. Le droit a un but social et modeste, faire en sorte qu'on puisse vivre ensemble et prospérer sans violence. On peut chercher un idéal collectif, pas d'individualité comme pour la morale. Morale et droit n'expriment pas des règles mais ne s'adressent pas à la même personne. Morale parle à la conscience d l'individu. Le droit lui parle uniquement dans son action en société, il scrute les comportements extérieurs et les sentiments qui les animent. La règle morale pèse sur le for intérieur/le droit s'adresse au for extérieur (phénomène social.)

✘ Des éléments de regroupement : Le droit n'hésite pas à s'inspirer des valeurs de la morale. Art 1133 CC, Art 6 CC. Notion de bonnes mœurs. Les bonnes mœurs font un pont entre la morale et le droit. Bonnes mœurs est une expression moralement inspirée. Il en est de même pour faute. Ce qui va être fautif est ce qui est moralement abject. De quelle morale le droit s'inspire t-il? Pour ce qui est des mœurs, il n'y a plus de notion objective des mœurs (morale hédoniste.) La libéralité à la concubine adultère (lègue à sa maîtresse, hors mariage.) Problème d'ordre moral. Traditionnellement c'était annulé. En 2001, retournement de la cour de cassation qui refuse l'annulation de la donation au concubin adultère. Refus du droit de juger les mœurs. Renvoie à une morale individuelle donc démoralisation. La hiérarchie de valeurs que reflète le droit renvoie à la sphère de la morale classique. Les principes de droit s'inspirent souvent de la morale car cela lui donne une légitimité mais la réalisation du bien ne passe pas nécessairement par une reprise juridique systématique des perfectionnements moraux. Donc il se peut qu'il s'éloigne des valeurs morales. L'institution de la prescription instinctive qui veut qu'au bout d'un certain temps, des faits ne puissent plus être poursuivis en justice. Par exemple Emile Louis qui avoue 10 ans après les faits lorsque les poursuites pénales ne sont plus possibles. Cet exemple choque car il va contre la morale. Mais la prescription est nécessaire à l'ordre social. Autre exemple les modes d'acquisition à la propriété par possession prolongée (usucapion.) Quelqu'un vit sur un terrain qui n'est pas à lui sans en avertir le propriétaire. Au bout de 30 ans, s'il n'y a pas de réclamation de la part du propriétaire le terrain est à la personne qui y vit. Cela pour éviter de remuer des situations paisibles.

2 – L'ambiguïté des rapports du droit et de la justice.

La justice est le nom qui rassemble tous les magistrats. La justice est au cœur du droit. La justice est un mot fédérateur et légitime l'action de la puissance judiciaire... Mais mot galvaudé, comment savoir ce qui est juste? Plusieurs conceptions de la justice présentes dans le discours des juristes.

✘ La justice selon l'école du positivisme juridique : Conception du droit d'après laquelle le droit se ramène à ce qui est posé comme tel par l'autorité légitimement instituée pour se faire. Dans cette école de pensée, la règle légitimement posée est forcément juste. On résout l'équation des rapports entre le droit et la justice ne postulant leur identité. La valeur de la justice est purement verbale. Apogée dans la première moitié du XXème siècle. La loi est forcément juste à partir du moment qu'il a été établi par les bonnes procédures. Puis problème de l'élection démocratique d'Hitler et vote des lois raciales. Elles devaient donc être considérées comme justes. Prise de conscience que la conception purement positiviste du droit évacuait toute référence à la justice. Donc réévaluation du discours. Abandon de la conception de la justice purement formelle.

✘ La justice selon l'école du droit naturel classique : Le droit naturel est l'expression d'une conception transcendante de la justice. Il prétend inspirer, corriger et compléter le droit positif (droit tel qu'il est exprimé par les autorités compétentes) Le concept de droit naturel repose sur le fait qu'il existe un ordre naturel des choses dans ce monde. Selon Montesquieu (L'esprit des lois), il s'agit du rapport tel qu'ils sont dans la nature, naturellement. A partir de cette conception, on va arriver à des conceptions du droit juridique. Comme l'identification de ce qui est juste et injuste repose sur une observation, un raisonnement ancré sur la nature des choses, peu importe ce que disent les hommes pouvoir (loi, juge...) Ils peuvent édicter des commandements injustes car certaines choses sont bonnes par nature et d'autres mauvaises. Les décisions posées par le pouvoir politique ne seront juste que si la solution en question est conforme à la nature humaine. Notion qui n'est pas fondée sur celui qui fait la norme. Idée extrêmement ancienne. Cf. : Antigone. Antinomie entre la perspective de la justice entre l'école positiviste et la perspective du droit naturel. Cet ordre naturel du monde existe de tous temps et est partout le même. « Ce qui est déterminé comme juste, l'est universellement et intemporellement » Il y a une nature humaine commune à tous les hommes. Discussion : est-ce qu'il existe une nature humaine identique chez chacun et est-elle intemporelle? Pour les croyants, ceux qui croient en Dieu, ils en sont certains, c'est un acte de foi. Pour les athées, l'idée d'une nature humaine est une tentation.

Les qualités et les défauts ont toujours été à peu près les mêmes (même s'il y a différents degrés.) Espèce de nature humaine immuable. Il assez tentant de penser qu'il y a une universalité de la conception de bien et de mal. L'inceste, faire souffrir autrui par plaisir. Vieux français, cruauté = inhumanité. Il est difficile d'identifier ce qui est juste par nature. Élaboration d'une méthode de décision à laquelle différentes écoles de pensées se sont essayées.

- ◆ Les résultats de la conception du droit naturel classique (schématique), données constantes : Distinction fondamentale entre les hommes et les choses (voir cours de droit des biens.) Chaque personne a une dignité liée à sa nature d'être humain. Fondation du discours des droits de l'homme. L'homme est un animal social (Aristote.) On ne peut pas raisonner en faisant abstraction des rapports sociaux. La famille est le cadre naturel de l'insertion sociale de l'enfant. Ces constantes ont fondé l'expression de certaines règles juridiques, prohibition de l'inceste, article 16 du CC sur la dignité de la personne humaine...
- ◆ Les résultats, méthode de décision de ce qui est juste ou pas : La dialectique, elle reste profondément la méthode du juriste aujourd'hui. « C'est de la confrontation des points de vue que la décision juste surgit. » Celui qui doit décider justement ne le fera jamais mieux que s'il envisage tous les points de vue pertinents au regard de la question qui lui est posée. Toujours identifier les arguments pour et contre, chercher à les identifier (œuvre d'imagination) Décider avec prudence. C'est à dire avec modération et pondération. Méthode d'Aristote et Saint-Thomas

Des conceptions quant à la notion de justice : Deux grandes catégories de justice :

- ◆ Justice au sens général : Vertu du citoyen qui consiste à l'amitié envers son concitoyen. Grecque et chrétienne (« aime ton prochain. ») Conception qui se situe au-delà du droit. La bienveillance se caractérise par le fait de donner plus à quelqu'un que ce à quoi il a le droit. Déborde les exigences du droit. Se confine à l'amitié et ce n'est pas l'affaire du juriste mais de l'éducateur.
- ◆ Justice au sens juridique/du droit : Le juriste se limite à ce à quoi les gens ont droit (conception aristotélicienne.) « Quand vous siégerez au tribunal vous ne... ; tu n'avantageras pas le faible, tu ne favoriseras pas le puissant et tu te borneras à rendre justice. » La justice, en rapport avec le droit, est celle qui est en jeu lors d'un procès. L'enjeu du procès c'est généralement de reconnaître quelque chose à quelqu'un (un bien, une tire, etc.) Le juge doit attribuer à chacun le sien (« Suum cuique tribuere. ») Comment déterminer ce à quoi chacun a droit? Aristote, repris par Saint-Thomas et Averroès, a distingué deux sortes de justices, deux conceptions qui sont très différentes.
- ◆ La justice commutative : Vise à établir une égalité dans l'échange de bien privé. Si A et B décide d'échanger quelque chose qui appartient privativement à B. Mais B devra lui rendre quelque chose d'équivalent. La justice commutative sera faite. La prise de quelque chose à l'autre peut venir d'un fait volontaire ou involontaire, peu importe. La mutation implique une commutation, un retour. Elle peut être volontaire, comme le contrat avec un flux inverse que je juge d'une valeur équivalente. Elle peut venir d'un fait involontaire. C'est la base de la responsabilité civile. Ex blessé par accident. Elle vise à établir une égalité dans un échange qu'il soit volontaire ou involontaire. Pourquoi cette justice est-elle dans l'ordre naturel des choses? Chaque être humain en a profondément le sentiment indépendamment de son éducation et de son âge. Ex : Les enfants qui échangent, et trouveront cela injuste tant qu'ils n'auront pas reçu un équivalent. Sens du juste et de l'injuste dans leurs rapports privés. Loi du talion « oeil pour oeil, dent pour dent. »
- ◆ La justice distributive: « A chacun selon ses mérites dans la distribution des biens communs. » N'a vocation à intervenir que lorsque le chef d'une communauté distribue des biens aux membres de la communauté. Elle assure que chacun recevra une part proportionnellement égale à sa contribution à la fortune de la communauté (dans la constitution du bien commun.) La rétribution se mesure à la contribution. Marche lors de l'application des sanctions (origine du droit pénal.) Assure une égalité entre les membres de la communauté dans la distribution des biens et des maux. Cette forme de justice intervient que dans les rapports communautaires et non les rapports privés. Conception dont le caractère naturel apparaît à l'observation. Les enfants en ont le sentiment. Découpage d'un gâteau entre des enfants auquel un seul n'a participé. Voudra une part plus importante.

✘ La justice selon l'école « solidariste » : La justice n'est réalisée que si chacun reçoit selon ses besoins (pas mérite comme dans la justice distributive.) Inspire tout un ensemble de texte de loi qui concrétise une conception providentialisme de l'État. Pour réaliser cette plénitude, il faut en avoir les moyens, de plus ils sont à géométrie variable. Cette conception de la justice peut entrer en conflit avec les conceptions précédentes. Un juge décide de combler les besoins de A avec le patrimoine de B. Injustice puisque transfère sans contre partie. Entre en conflit avec la justice commutative. Mais relation moins conflictuelle avec la justice distributive puisque les uns et les autres appartiennent à la même communauté, la société. Le juge redistribue les biens communs, les impôts. Distribution par l'État du bien public mais il n'y a pas du tout le critère de mérite. Risque de conflit : un locataire ne paye pas son loyer, il occupe le bien d'autrui sans contre partie. Il est condamné à payer des indemnités d'occupation et il sera expulsé (justice commutative.) S'il est insolvable, se pérenniser. Mais injustice sociale puisque cette personne se retrouve à la rue. (Conception providentialiste.) Donc on la reloge. Mais injustice si on la reloge avant les personnes sont sur la liste d'attente et de plus si elles ont charge de famille (justice distributive) Conceptions de justice qui inspirent le droit positif et va le faire évoluer sans cesse. L'ordre juridique est en mouvement.

Ramener le droit à un ensemble de règles qui sont les lois : positivisme légaliste.
C'est la présentation la plus commune de ce qu'est le droit. Cette présentation du droit comme reflet de la loi est qu'une apparence.
Entre les lois et la réalisation des lois, se trouvent les juges chargés de mettre en oeuvre les lois. Il va donner vie au droit.

ESSAI DE SYNTHÈSE : LE DROIT COMME ORDRE VIVANT

A – Le règne apparent du positivisme légaliste

1 – Le contenu de la référence au positivisme légaliste

- ✘ Notion de droit positif : C'est l'ensemble des règles de droit en vigueur en un temps donné, à un endroit donné et posée par une autorité habilitée à se faire. Marqué par sa source et son espace.
- ♦ Marqueur de la source habilitée : le pouvoir politique et l'autorité judiciaire. Le pouvoir politique c'est l'État et l'autorité judiciaire, c'est le juge et spécialement les cours de justice supérieures (cours de cassation et conseil d'État) qui peuvent être source de règles.
- ♦ Le marqueur dans le temps : 2 repères La date de constitution de la notion juridique qu'il faut juger. Le moment où le juge statue.
- ♦ Le marqueur espace : Le territoire de la République française.

Droit positif : Ce sont les règles actuellement en vigueur. C'est le droit présent. Juger la régularité d'un contrat. A-t-il été régulièrement conclu? Il faut juger en fonction du droit positif à la date de la conclusion du contrat

✘ La notion de positivisme légaliste en particulier : Sous-ensemble du positivisme où il n'y a que le pouvoir politique qui est source de droit. C'est le droit produit par le pouvoir politique, c'est à dire les lois. Exprime une conception ramenant le pouvoir à une autorité politique. Dans une société démocratique c'est l'élection qui légitime le pouvoir. Donc conception positiviste légaliste du droit est très démocratique. Le juge ne devrait donc pas avoir le pouvoir d'édicter des normes, car ils ne sont pas élus. Dans la conception du positivisme légaliste c'est le processus électoral qui légitime le pouvoir et non le savoir de la personne. Ne veut pas dire qu'il y a opposition entre pouvoir et savoir. (Cf. : Autorité judiciaire et non pouvoir judiciaire.)

2 – La valeur de la référence au positivisme légaliste (assimilation du droit à la loi)

La dominance de cette conception particulière du droit à de nombreux avantages. Cela permet d'avoir un droit uniforme sur un territoire donné. Assimilation du droit à la règle. Le droit, sera prévisible. Conception du droit confortable pour le juge. Le juge n'a plus de problème moral, il est juste la pour appliquer. Si le jugement qu'il rend déplaît, il peut se défaire sur le politique ainsi que tous les organes de l'application du droit (administration.) C'est sur cette croyance que la paix sociale se construit.

Inconvénients :

- ♦ Il se peut que quoique le pouvoir politique soit régulièrement élu, ses commandements heurtent une des conceptions de la justice. Naissance de phénomène de tension.
- ♦ Conception qui ne peut être que partielle. Le fait d'avoir le pouvoir ne fonde pas l'autorité. Donc quand il y a une divergence, entre la légitimité du savoir et la légitimité politique, le juge va essayer de ramener l'un à l'autre. La loi ne peut pas tout prévoir, il y a des vides législatifs. C'est le juge qui va faire en sorte qu'il n'y a pas de vide juridique.
- ♦ Elle repose sur une représentation idéalisée de la loi. Or, les lois sont mal rédigées, floues... Le juge, dans la mise en oeuvre des textes, dispose le plus souvent de marge de manœuvre non négligeable. On peut affirmer que le droit est un reflet de la loi mais ce n'est pas exact car la mise en oeuvre de la loi se fait de manière très pragmatique.

B – Une mise en oeuvre pragmatique

Il existe plusieurs paramètres d'ajustement de la règle de droit

1 – Les principaux paramètres d'ajustement de la règle légale

Lorsque l'administrateur ou le juge va chercher la règle qu'il doit appliquer, il va faire en sorte que le but aille avec des valeurs qu'il estime bonnes. Le juste, l'utile et l'acceptable. Il va chercher à pondérer sa décision en fonction du caractère juste et utile de celle-ci en se plaçant sur le court et le long terme. Dans un procès ses différents paramètres vont être mis en valeur par l'argumentation de chacune de partie

2 – Le rôle crucial de l'argumentation

Le juge va procéder à l'audition des personnes qui vont aider le juge dans sa prise de décision.

- ♦ Afin d'identifier la règle de droit à appliquer
- ♦ Pour influencer le juge en lui montrant à quel résultat (bon ou mauvais, juste ou non), sa décision aboutirait.

Grâce à cela, ils veulent pousser le juge à chercher des marges de manœuvre et à les utiliser, en appuyant sur l'équité et l'opportunité. Ces personnes représentent les intérêts en conflit. Ils vont aider le juge à trouver la règle de droit à appliquer. Puis ses personnes vont essayer d'influer sur l'application de la règle par le juge en lui montrant les conséquences de son application. Les plaideurs cherchent à susciter chez le juge un mouvement. Ils utilisent des arguments d'équité et d'opportunité. Dialectique.

3 – Rôle crucial dans l'élaboration du droit

L'argumentation a donc un rôle crucial dans le processus de l'élaboration du droit. Celui qui décide va devoir motiver, justifier son choix. Un jugement doit exposer les motifs de la décision. C'est l'exposé du raisonnement du juge pour prendre sa décision (prudence et modération...) C'est l'art du juriste prudent, art d'application. Il faudra donc étudier son objet, qui sont les artisans de cet art et comment il se pratique.

LE DROIT POSITIF

3 idées à retenir :

✘ Le droit positif peut être présenté comme un ensemble de règles que le juge doit appliquer. Elle s'articule pour former l'ordre public. L'application de réserve des marges de manœuvre au juge selon les conceptions du juste et de l'injuste. Notion de justice commutative et exécutive.

✘ Les conflits apparents entre ce que commandent la loi et une conception de la justice, se règlent devant le juge. L'enceinte judiciaire a vocation à régler les sentiments d'injustice. Paix sociale.

✘ La décision comme la règle s'élabore au terme d'une délibération (processus dialectique) qui met en évidence les possibilités envisageables pour trancher une décision avec des arguments d'opportunité ou d'équité.

3 définitions : Droit positif, la justice commutative, justice distributive.

✘ Droit positif : ensemble de règles posées par la loi dans la jurisprudence, ponctuellement en vigueur dans un territoire donné. En opposition à l'idée de droit naturel (ce que le droit devrait être idéalement) De lege lata : en l'état du droit, de lege ferenda : à propos de la loi telle qu'elle devrait être.

✘ Justice commutative : conception de la justice qui joue dans les échanges de biens privés. Tout échange.

✘ Justice distributive : distribution de biens à l'intérieur d'une communauté. Article 1844 1 du code civil.

TITRE 1 : LES OBJETS DE DROIT

Le juriste travaille à l'application des règles et à la défense des droits individuels.

CHAPITRE 1 : LES DROITS OBJECTIFS

Désigne l'ensemble des règles juridiques dont la coordination forme l'ordre juridique.

SECTION 1 : LA REGLE DE DROIT

Elle se caractérise par sa normativité, c'est à dire qu'elle prescrit quelque chose doit pouvoir être sanctionnée. Certains textes ne méritent donc pas d'être qualifiés de règle de droit.

Ex : 6 janvier 1878, loi informatique et liberté, la loi commençait par « L'informatique est au service de chaque citoyen », cela n'a rien de normatif, cette phrase ne traduit aucune prescription.

Ex : loi de 1998, « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915. » Il n'y a pas de prescription, il n'y a pas de sanctions. Le texte ne dit pas « Chaque français doit reconnaître... » Là il y a prescription de comportement.

Mais il décrit une réalité qui pose une contrainte mais elle ne pèse sur personne, sur la France.

On trouve ce genre d'information dans beaucoup de loi, généralement dans les premiers articles. Cela témoigne une dégénérescence de l'esprit législatif, maladresse législatif. C'est l'utilisation de la loi comme une technique de code.

Le conseil constitutionnel a « tapé du point sur la table » en affichant sa volonté de redonner à la loi sa portée uniquement normative en tant qu'outils des juristes.

Jean Louis Debré avait proposé un texte où il était dit que la loi ne pouvait être proposée au vote que si elle avait des portées normatives.

Il faut faire la distinction entre le normatif et le non normatif dans la loi. On s'aperçoit que la norme peut avoir deux types d'objet :

✘ Objet déontique : norme prescriptible d'un comportement à avoir. Article 212 CC à propos du mariage « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. » Ça prescrit un comportement.

✘ Objet technique et énoncer une solution concrète : article 642 CC : « tout délai expire le dernier jour à 24h. » Cet article fixe une règle de calcul des délais. Il en va de même pour la prescription, la loi utilise souvent les délais. C'est un point technique. Cette règle est normative car elle est contraignante pour le magistrat.

LES CARACTERES DE LA REGLE DE DROIT

A – Caractérisée par sa force

Le critère de l'intensité fonde une classification des règles de droit. Les règles supplétives et/ou dispositives

1 – Les règles supplétives

Elle est caractérisée par le fait que son application peut être écartée par une manifestation de volonté des personnes qu'elle concerne, ou qu'elle assujettit en principe. Article 1651 CC : chapitre sur le contrat de vente. S'il n'y a rien été fixé à ce sujet, l'acheteur doit payer à l'heure et à l'endroit où la chose lui est remise. Le lieu et le temps sont subsidiaires. C'est « si rien n'a été réglé à ce sujet » Donc le débiteur et le créancier ont la possibilité d'écarter la règle de paiement en fixant eux-mêmes les conditions de paiement. La règle permet, quand les sujets de droit n'ont pas pensé à se mettre d'accord, de suppléer à leur silence. Mais s'ils y pensent et veulent procéder d'une autre manière, ils le peuvent. La règle vient suppléer à l'absence de décision. Intervient surtout en matière de droit contractuel. Article 311-1 CC : sur la filiation, les parents quand on sait qui c'est ce concertent et choisissent le nom de famille de l'enfant. En l'absence de choix, prend le nom du père. Le choix automatique du nom du père est choisi à défaut. C'est une règle supplétive. Parfois, le texte pose une règle, et elle ne dit rien quant au choix. Article 1721 CC : Le bailleur doit garantir au preneur. Le bailleur doit réparer, rembourser... si une chose qu'il loue à un vice. La jurisprudence a considéré que cette loi était supplétive. En l'absence de la précision du texte posant la règle, la question sera tranchée par le juge en fonction des arguments qui lui sont présentés de part et d'autre. Pour l'article 1721, la cour de cassation a déclaré la règle supplétive. Elle a été précisée par la jurisprudence. Lire le texte, voir si la jurisprudence a fixé la question, si non c'est au juge de trancher.

2 – Les règles dispositives

Ce sont des règles supplétives mais qui limitent les manifestations de volonté contraire à la règle à quelques options. C'est le cas pour l'article 311-1 sur le nom de famille d'un enfant. La règle ouvre un espace à la volonté des sujets de droit mais c'est un espace délimité. Elle met des options à la disposition de sujets de droit. Ainsi le nom de l'enfant peut être celui du père, celui de la mère ou les deux. Si les parents ne font de choix, l'enfant obtiendra par défaut le nom de son père. Ces règles expriment des contraintes facultatives.

3 – Les règles impératives et d'ordre public

Imperium : j'ordonne. Celui qui se trouve dans l'effet de la règle doit la subir, sans pouvoir l'écarter. Il arrive, dans des cas très marginaux, qu'une règle impérative tolère des dispenses d'application. L'autorité va permettre à un sujet de droit particulier de se soustraire à l'empire de la règle impérative, si le pouvoir de dispense est reconnu à cette autorité. Ce phénomène reste très rare. En matière familiale, il y a un certain nombre de prohibitions à mariage. Art 161, 162, 163 CC : prohibe le mariage entre des liens familiaux. Art 164 : néanmoins, il est loisible au président de la République de lever cette prohibition dans cas grave. Le président peut donc dispenser un oncle et une nièce de la prohibition du mariage posée par l'article 163. Règle impérative est donc une règle qui s'impose à son destinataire, étant précisé qu'elle peut parfois être susceptible de dispense. Cette existence de possibilité de dispense serait une manière de distinguer les règles impératives des règles d'ordre public. Néanmoins, très fréquemment, on tient les deux termes comme synonymes. Au sein même de la catégorie, il y a des variations d'intensités. Ordre public : ce qu'on ne peut pas contrarier. Donc, on ne peut pas contrarier les règles d'ordre public sans risquer une sanction. Il existe aussi un ordre plus restreint de la notion d'ordre public. Lorsque l'ordre public vient exprimer l'ensemble des valeurs auxquelles une société est particulièrement attachée.

B – La forme de la règle

Une règle de droit a le pouvoir caractéristique formel d'être générale, abstraite et permanente.

1 – Généralité de la règle

La règle ne doit pas s'adresser à un individu en particulier, elle ne doit pas s'adresser à un seul. Il ne peut y avoir de règle ad personam (concernant une personne), c'est alors une décision. Le critère de généralité de commandement est ce qui permet de distinguer règle et décision. La règle a un caractère impersonnel. Elle n'a pas vocation à concerner une ou plusieurs personnes concrètement déterminées. Elle est prise pour tous ceux qui se retrouveront dans la situation envisagée par la règle, sans qu'on sache de qui il pourrait s'agir aujourd'hui ou à l'avenir.

2 – Caractère abstrait de la règle

L'abstrait s'oppose au concret. Abstrait : quelque chose qui exprime une idée, un concept. A l'inverse, le concret, c'est quelque chose qui exprime une réalité déterminée. Néanmoins, une règle n'est jamais totalement abstraite. Elle l'est plus ou moins selon qu'elle rentre dans des détails concrets pour diriger son application. Plus elle est abstraite, plus elle pourra réaliser son objet dans une infinité de cas précis. Elle permet aussi au juge d'adapter au jeu de la règle le particularisme d'un cas concret. A l'inverse, une règle peu abstraite n'a pas une telle souplesse : elle est beaucoup plus limitée.

3 – Caractère permanent de la règle

✘ Le principe et le recours : normalement, une règle de droit n'est pas à durée déterminée. La règle a une vigueur à durée indéterminée. L'intérêt pour la loi de ne pas déterminer la durée de la règle, lui permet d'être efficace. C'est un gage de son efficacité.

✘ Tempérament : Le fait que la loi soit à durée indéterminée ne veut pas dire que la loi est perpétuelle. Il est en effet tout à fait possible que la loi s'éteigne. Elle s'éteint de différentes manières : soit par abrogation expresse (entrée en vigueur d'une loi seconde qui vient abroger la première), soit par abrogation implicite (cas où une nouvelle loi est promulguée, et que cette loi contient des dispositions incompatibles avec le maintien en vigueur de la loi ancienne) A l'inverse, il n'y a pas de désuétude : la loi ne disparaît pas par non-usage.

✘ Exception à cette idée : Il arrive que la législation soit exceptionnelle. C'est le cas dans les situations d'urgence. La législation transitoire : autre cas d'exception. C'est un ensemble de règles qui a vocation à intervenir pour gérer une période de transition entre le passage d'une loi ancienne à une loi nouvelle.

L'EMPIRE DE LA REGLE DE DROIT

A – Empire de la règle dans le temps

Quand une règle de droit est modifiée, que deviennent les litiges qui se sont construits sous l'empire de la règle précédente ?

♦ J'ai conclu un CDD qui me permet de partir du jour au lendemain, sans préavis. A l'époque du contrat, c'était possible de prévoir ça. Dans le cours de notre relation, une nouvelle loi qui impose un préavis minimal de 6 mois pour les contrats du genre que le mien.

♦ J'ai refusé d'embaucher une personne en raison de son sexe. A l'époque où j'ai refusé, c'était possible. Quelques années plus tard, intervient une loi qui interdit la discrimination fondée sur le sexe, notamment à l'embauche. C'est même devenu un délit pénal ; suis-je alors punissable ?

♦ J'ai créé en 1989 une société aux Antilles, car à l'époque une loi fiscale prévoyait que les bénéfices effectués en Outre Mer seraient dispensés d'impôts. En 2005, une loi fiscale vient prévoir que les bénéfices faits en Outre Mer seront surtaxés. Est-ce que je suis concerné ?

La réponse est différente selon la nature de cette nouvelle loi. Le régime d'application dans le tps de la loi est différente suivant le régime d'application

1 – Application de la loi dans le tps

Ce mécanisme concerne toutes les règles de droit produites par un organe politique ou par ses démembrés (administratifs.) Le problème d'application de la loi dans le tps concerne les situations qui st continues et qui perdurent au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

✘ Relation continue d'une personne à une chose (propriété.)

✘ Relation continue entre une personne et une autre (contrat ou lien familial.)

Opposition du point de vue individu/État. D'un point de vue de l'individu peut espérer que la loi nouvelle ne bouleverse pas sa situation, problème de sécurité juridique.

Au XIX^{ème} siècle, on privilégie le point de vue individuel, et on considère que le droit atteint ne doit pas porter attentes légitimes de l'individu.

L'idéologie du XX^{ème} siècle a été marquée par l'écrasement de l'individu par l'État. Les individus doivent s'aider aux volontés de l'état, droit suprême.

On est dans un système où on a essayé autant que possible de ménager les deux points de vue. Cependant, l'intérêt collectif est supérieur à l'intérêt individuel.

Se règle par trois principes :

✘ Application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours : Le problème de l'application de la loi nouvelle concerne les situations continues et qui sont encore en cour au moment où la loi nouvelle intervient. Une situation continue c'est une relation continue d'une personne à une chose. C'est une relation continue entre une personne et une autre. Une situation a été crée sous l'empire d'un contexte juridique sur lui fait produire certaines conséquences et donc imposait certaines conditions. D'un point de vue individuel, la personne peut espérer que la loi nouvelle ne bouleverse pas sa situation. C'est une question de sécurité juridique. Si législateur fait loi nouvelle c'est parce qu'il estime que loi nouvelle sera meilleure que l'ancienne. Selon les idéologies dominantes dans la société, au XIX^{ème} siècle on privilégie le point de vue individuel et donc on considère que la loi nouvelle ne doit pas porter atteinte aux droits acquis : c'est la théorie du droit acquis. Au XX^{ème} l'idéologie prône la supériorité de l'État sur l'individu. Le collectif prime. (Théorie du bien suprême.) La question de l'application de la loi nouvelle répond à trois principes :

♦ Non-rétroactivité de la loi.

♦ Application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cour.

♦ Une exception en matière des contrats, demeurent régis par la loi ancienne sous laquelle ils ont été contractés. Sauf, si la loi nouvelle est d'ordre public.

Les effets non accomplis d'une situation en cours seront tranchés par application à la lumière de la loi nouvelle. Les futurs litiges relatifs à la loi nouvelle seront résout par elle. Tempérament : Il se peut que la loi nouvelle ait prévu des dispositions transitoires. Art 720 traites des successions issues d'une loi de décembre 2001, rapporte à la répartition des biens entre les héritiers. La loi a organisé son régime dans le temps en précisant que ce n'est pas applicable aux successions ouvertes qu'à partir du 1^{er} juillet 2002. La loi prévoit elle-même qu'elle ne s'appliquera pas tout de suite pour laisser du temps aux gens. Une règle peut voir son application remise en question si jamais elle n'a rien prévu à cet effet. Le juge administratif s'occupe de la légalité des règlements. La Communauté Européenne peut annuler un règlement qui serait contraire aux lois. Les règlements peuvent poser les mêmes problèmes d'application dans le temps que les lois. Arrêt du 24 mars 2006 qui dit que règlements qui comportent éléments nouveaux doivent comporter des dispositions transitoires. En l'espèce : nouveau code de déontologie d'une profession. Ce code ne prévoyait pas son application dans le temps alors qu'il contraignait les professionnels à de nombreux impératifs de comportement durement sanctionnés. Ces professionnels ont attaqué la validité du règlement. Considérant qu'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire [...]

✘ Exception au principe : La matière contractuelle, les contrats demeurent régis par la loi qui était en vigueur à la date de leur création. C'est l'idée de survie de la loi ancienne qui permet de faire respecter dans le temps les prévisions qu'avaient faites les parties. Les contrats étant le moteur économique d'un pays il faut garantir au maximum la sécurité juridique. C'est

dans cette matière que l'on fait traditionnellement exception au principe de l'application immédiate de la loi. Libre au législateur de faire un enjeu politique de l'application de la loi nouvelle.

En matière des droits des contrats : les contrats remplis avant la loi nouvelle demeurent régis par cette loi ancienne, sauf si la celle-ci est d'ordre public. Il ne s'agit plus d'aménager le jeu du principe mais d'écarter d'une matière (contractuelle) entière le jeu du principe. Dans la matière contractuelle, les contrats demeurent régis par la loi qui était en vigueur à la date de leur conclusion. Il y a donc survit de la loi ancienne. La loi ancienne ne survit que si elle n'est pas contraire à la nouvelle loi. Le législateur peut écarter la règle habituelle de survit de la loi ancienne pour que seule sa loi soit applicable. Art 1651 du Cde Civil, 4 août 1962 : lorsqu'un bail immobilier a été accordé à X, et que X se marie avec Y, automatiquement, Y devient co-titulaire du bail. Principe de la co-titularité du bail.

✘ Non-rétroactivité de la loi : la loi nouvelle ne peut pas remettre en cause les effets déjà accomplis d'une situation en cours ni, à plus forte raison, une situation passée. C'est une situation pour laquelle le problème que vise la loi nouvelle appartient au passé. Les points qui sembleraient rétrospectivement contestables à la lumière de la loi nouvelle ne peuvent être contestés parce qu'ils appartiennent au passé. Les litiges qui ont déjà été tranchés par une décision judiciaire devenue irrévocable, ne verront pas leur solution remise en cause. Une succession a pour effet juridique de répartir les biens du défunt. Si la répartition a eu lieu au moment où la loi nouvelle entre en vigueur, la succession a épuisé son effet juridique. La commission d'une infraction appelle une sanction pénale. L'infraction a épuisé ses instants juridiques dès l'instant de la commission.

Double fondements :

En droit pénal : principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle est exprimé à l'art 112-1. Ces principes sont si importants que leur expression dans un texte de loi n'a pas été jugé suffisamment solennel. Ce principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère a été inscrit dans texte international.

En droit civil : principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle est exprimé à l'art Art 2 CC : La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Les textes énoncés à l'intérieur du CC n'ont que règles de droit. Étant une loi, la disposition que l'article énonce pt être écarté par une autre loi. Ainsi, une autre loi peut venir contrer cette loi.

2 – L'application dans le temps de la règle prétorienne

La règle nouvelle que le juge tire de la loi est censée toujours avoir été contenue dans la norme légale dont elle est extraite. C'est ce qui explique que la règle prétorienne fasse corps avec la loi dont elle est tirée. Et par conséquent, son statut est identique à celui du texte qui la fonde ; et notamment son régime d'application dans le temps sera le même. Exemple : Je suis médecin depuis 1936. Responsabilité que j'encourrais dans mes actes sont régies par art. 1147 du CC (Texte en vigueur depuis 1804) En 1974, j'autorise accouchement d'une patiente sans la prévenir que certaines complications peuvent exceptionnellement se produire suite à certains actes thérapeutiques. Or il se passe des complications. 20 ans plus tard, jurisprudence de la cour de cassation qui estime que les médecins doivent informer patients même sur les risques exceptionnels. Donc est une règle rendue sur le fondement de l'art. 1147. Patiente fait un procès 22 ans plus tard (prescription est de 30 ans.) Techniquement parlant, elle a raison. Décision de la CC : Médecin condamné. Caractère rétroactif de la loi prétorienne.

Cour de Cassation, en 2004 a rendu deux arrêts le même jour :

✘ 8 juillet 2004, premier arrêt dans lequel la CC faisant face à un problème entre assureur et assuré. L'assuré a agit plus de deux ans après que l'on lui a refusé son remboursement. Or, en droit pénal, il y a prescription au bout de deux ans. Cependant, pour son cas, il peut quand m assigner l'assurance. En cours d'action, la CC, dans une autre affaire, modifie la jurisprudence et le texte sur lequel l'assuré s'appuie. La Cour de Cassation modifie le temps de prescription possible pour assigner quelqu'un en justice. En conséquence, il n'est plus dans les délais, et ne pt assigner son assureur en justice. Le revirement est donc rétroactif.

✘ 8 juillet 2004, affaire différente. Contexte davantage dramatique. Personne qui s'était vu présenter dans la presse comme ayant commis des crimes. Le fait est que des journaux l'avaient déclaré coupable, violant la présomption d'innocence. Notre vedette agit donc en responsabilité vs le journal. En matière de presse, il existe un régime très protecteur : loi de 1881. Cette loi prévoit notamment des délais de prescriptions très courts : trois mois. En plus, il faut réitérer cette plainte chaque trimestre. La loi de 1881 ne couvrirait pas jusque là les actions pour violations de la présomption d'innocence. Dans cet arrêt, la CC a changé d'avis. Elle revire la juris. Elle estime que contrairement à l'autre affaire, cette décision serait trop sévère. C'est pourquoi, elle a décidé que la décision de la cour d'appel, « dès lors que l'application immédiate de cette règle ne serait en accord avec le droit au procès équitable, au regard de l'article 6 §1 de CEDH » Ainsi, la CC modulera les effets dans le tps des nouvelles règles. La Cour de Cassation après cette première doublée de 2004, a attendu de voir comment la communauté des juristes réagissait. L'accueil étant plutôt favorable, elle a saisi l'occasion de réitérer cette juris, pour la fixer.

✘ C'est dans un arrêt de l'assemblée plénière, 21 décembre 2006, que la Cour de Cassation a repris cette solution.

✘ Les juridictions administratives, en ont fait de même. Dans un arrêt du 16 juillet 2007, le CE a suivi dans son audace la CC. Il statue sur l'hypothèse de contentieux en matière de contrat administratif. Il énonce une règle nouvelle, considérant que tout concurrent évasé d'un contrat administratif, a le droit de contester celui-ci.

Finalement, la juridiction administrative a rejoint la juris judiciaire. Elle l'a pt être même dépassée, puisqu'elle affirme encor mieux sont statut de source du droit.

L'application de la règle prétorienne dans le tps est très différente de l'application de la règle politique dans le tps.

B – Empire de la règle dans l'espace

Une règle de droit positif s'applique à un espace délimité par la compétence d'un état délimité qui pose la règle. Une loi a vocation à s'appliquer sur le territoire national. Une femme française se marie au Liban, puis habite en Suisse, avant de retourner sur sa terre natale pour demander le divorce.

✘ Problème de conflit de juridictions : il peut y avoir plusieurs juridictions compétentes.

✘ Toute situation internationale pose aussi une question équitable : problème du conflit de loi. DIP : droit international privé. Le juge parisien va regarder si son DIP français le désigne comme juge compétent. Si tel est le cas, code civil : problème de jugement du citoyen français, présent à l'art 14 : « l'étranger, même non résidant en France, pourra être traduit devant les tribunaux de France » Le second problème se résout par l'Art 309 du code civil : « lorsque aucun État ne se reconnaît compétent alors que le droit français l'est. » Il suffit donc de vérifier si la loi libanaise est compétente ou non. Si ce n'est le cas, je peux régler ce divorce sur la loi française. En somme, le DIP répond aux problèmes que pose une situation qui est à cheval sur plusieurs États juridiques. C'est donc un droit qui a pour objet de coordonner l'application d'autres règles de droit. On parle de droit sur le droit.

LES REGLES DE DROIT

Sphère juridique : elle constitue un ordre que si les règles sont agencées de manière logique et cohérente :

- ✘ Coupe verticale : hiérarchie des normes
- ✘ Coupe horizontale

I – La hiérarchie des normes

Norme : règle. C'est un énoncé posé par une autorité compétente indiquant ce qui doit être fait dans un cas déterminé. Il existe différents types de normes.

A – Les différents types de normes

Les normes, au plan national :

- ✘ Loi : norme résultant d'une procédure d'adoption parlementaire, règle de droit votée par le parlement, promulguée par le président, puis publiée au JO.
- ✘ Règlement : Règle posée par le pouvoir exécutif (gouvernement central et par les administrations centrales, et par les gouvernements centralisés) Ces règles sont également publiées soit au JO, pour les règlements les plus importants, soit au BO spécialisé.
- ✘ Le décret, en principe, est issu de la volonté du Premier ministre.
- ✘ Au cran en dessous, il y a des arrêtés : règlements qui sont énoncés par un ministre seul ou posés par une autorité locale spécialement habilitée à se faire : Arrêté préfectoral, municipal.
- ✘ Circulaire : énoncé parfois normatif ou non, et qui est posé par une administration quelconque (chef de bureau.)
- ✘ Il faut aussi parler de la jurisprudence qui peut énoncer une règle nouvelle en interprétant une loi ou un règlement. On distingue la jurisprudence d'un juge ordinaire qui est la source de la jurisprudence administrative ou judiciaire, et le juge du conseil constitutionnel.

Il existe des normes énoncées au plan communautaire (Communauté Européenne)

- ✘ Le règlement : norme posée par la commission et par le Conseil Européen, dotée d'un effet direct au sein des États membres. Les citoyens de l'UE peuvent se prévaloir dans les dispositions d'un règlement européen à l'égard de leur État. (Effet vertical dans règlements), dans leur rapport avec les autres citoyens (effet horizontal.)
- ✘ Directive : Subordonnée à une transposition de ses dispositions au sein de ces états par le biais d'une loi. La directive moins contraignante qui est une norme posée par des organes communautaire, qui n'a pas d'effet direct. Le message normatif de la directive accédera au citoyen de l'union quand celle-ci sera transposée par une loi nationale. Une fois transposée et publiée, les citoyens pourront s'en réclamer. Les échelons communautaires sont différents de ceux internationaux (traités passés entre les états qui demeurent indépendants les uns aux autres. La directive n'a pas d'effet direct (sauf exception) Avec certains traités, les citoyens peuvent se prévaloir de ces dispositions (ex : CEDH) ou institution de juridiction qui leur est propres, contrôle l'application du traité. Par ex. : La Cour Européenne des Droits de l'Homme.
- ✘ Le droit communautaire fonde aussi une interprétation par des juges, surtout des juges européens dédiés à surveiller l'application des droits communautaires. Ils sont rassemblés dans la cour de justice européenne au Luxembourg.

Normes Internationales :

- ✘ Traité : doté ou non d'un effet direct. L'entrée en vigueur dans un État donné suppose que ce traité soit ratifié. En logique, ce traité est alors applicable, encore faut-il, qu'il soit entré de lui-même en vigueur, c'est-à-dire que toutes les conditions pour qu'il soit applicable soient respectées. Il y a aussi des normes prétorienne, qui laissent une juridiction, tirées de l'application du traité. Normes qui vont faire corps avec le traité lui-même. Convention Européenne des Droits de l'Homme : c'est un traité qui dépasse le champ de l'UE. Il y a le Conseil de l'Europe, qui va au-delà des frontières de l'UE. La Convention EDH est un traité très important, car il est d'effet direct (depuis 1981 en France) Aussi, il est doté d'un organe juridictionnel dédié à la surveillance de sa bonne application : Cour Européenne des Droits de l'Homme qui siège à Strasbourg.

International : jurisprudence de la CEDH.

Il y a donc tout un ensemble de règles qui existe à différentes échelles, d'où la nécessité de savoir comment gérer la superposition de règles : par un système pyramidal, créé par Kelsen.

B – Pyramide de Kelsen

Toutes ces règles vont se cumuler à l'échelon national, et c'est grâce à une figure pyramidale venant de Kelsen que l'on va régler les conflits. Kelsen est considéré comme un des grands auteurs positivistes légalistes.

L'échelon supra législatif

En haut de cette pyramide on trouve la constitution, le droit communautaire et les traités, supérieurs à la loi. La primauté de la constitution est défendue par le conseil constitutionnel, qui ne peut être saisi qu'antérieurement à la promulgation d'une loi ("ex ante"), une fois promulguée, il ne peut plus rien faire. De plus, il effectue un contrôle que si on le lui demande, et seulement un nombre restreint de personnes peuvent le faire. Il ne contrôle pas en principe la conformité de la loi aux dispositions du droit communautaire. Le contrôle de la primauté du droit communautaire et du traité sur la loi est assuré par les juges ordinaires, c'est-à-dire par le juge administratif dans l'ordre juridictionnel administratif et par le juge judiciaire. Ce contrôle est un contrôle beaucoup plus large. Il peut être effectué postérieurement à la promulgation de la loi. C'est un contrôle qui peut être déclenché sur l'initiative d'un citoyen, dans le cas d'une affaire déterminée.

L'échelon législatif

Les lois font l'objet d'une hiérarchie entre elles :

- ✘ Au plus proche de la constitution on trouve les lois organiques qui sont des lois qui mettent en oeuvre des dispositions de la constitution.
- ✘ Puis on trouve les lois ordinaires qui sont prises en vertu de l'article 34 de la Constitution, qui réserve le pouvoir de créer certains sujets au législateur.
- ✘ Enfin on trouve les ordonnances garanties par l'art 38 de la Constitution. Ce sont des normes qui sont prises par le pouvoir exécutif mais qui ont vocation à se muer en lois, par l'effet d'une ratification par le parlement. Objet un peu hybride.

L'échelon infra législatif

Chaque norme n'est conforme que si elle est conforme à ce que dit la norme supérieure.

Eux aussi sont hiérarchisés:

- ✘ Les décrets : actes du gouvernement.
- ✘ Les arrêtés : exécutifs, territoriaux, pouvoir décentralisé.
- ✘ Les circulaires.
- ✘ En dessous de cette pyramide, il faut noter qu'il existe des règlements privés qui sont des règles posées par des institutions privées avec ou sans délégation de la puissance publique (Ex: règle de copropriété.) Elles ont une source privée, et elles sont conformes que si elles sont conformes aux règles supérieures.

Un arrêté ne peut pas venir en contradiction avec un décret. En conséquence, cette hiérarchie est importante et respectée. Dans la pyramide, ne figurent pas plusieurs types de normes : celles jurisprudentielles, car le droit représentant le positivisme légaliste. Règles posées par des autorités privées sur délégation de la puissance publique ou non. Cette hiérarchie va être mise en oeuvre par la juris.

C – L'influence de la juris sur la pyramide

1 – Statut de la règle prétorienne à l'ombre de la pyramide

La norme provient uniquement des autorités politiques élus : légaliste, c'est pourquoi la pyramide ne dit rien des préventions prétoriennes. Dans la mesure où un organe juridictionnel ne peut énoncer une règle nouvelle qu'en la tirant d'une règle écrite, la règle nouvelle/ prétorienne aura le même statut que le texte dont elle est censée provenir. C'est-à-dire qu'elle aura le même statut que le texte en vertu duquel cette règle a été posée. Donc l'interprétation d'un traité par le juge, lorsqu'elle est source de règles, va faire que ces règles auront le même statut que le traité lui-même. De même que les règles que le juge pose au nom de l'interprétation de la loi, cette règle aura valeur législative dans la hiérarchie des normes. Elle aura la même valeur que la règle écrite dont elle provient.

Art 1780 code civil, « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée » Les contrats qui étaient à durée indéterminée, chaque partie disposait dans le droit de rompre le contrat unilatéralement, avec préavis. Quel est le statut de cette règle prétorienne ? La règle aura donc la même valeur que la règle écrite dont elle provient.

2 – Mise en oeuvre de la hiérarchie par les tribunaux

Comment les tribunaux font-ils respecter cette hiérarchie des normes ?

- a- Mise en oeuvre par interprétation de la règle inférieure : Interprétation du juge : Façon qui rend la norme compatible avec les dispositions d'une norme supérieure, qui traite de la même question. Il arrive que les normes inférieures soient incompatibles ou contraires à celles supérieures. Le juge doit alors sanctionner la règle par deux procédés.
- b- Mise en oeuvre par invalidation de la norme inférieure : Une invalidation, c'est un anéantissement à l'égard de tous, définitif d'une norme par l'effet d'une action en justice qui poursuivait spécifiquement cette fin. Le CC peut invalider les dispositions d'une loi qu'il estime contraire à la constitution (réserve très importante en principe) Le Conseil doit être saisi avant la promulgation de la loi. Le juge administratif ne peut pas invalider une loi (en principe) Il peut simplement invalider un règlement si celui-ci est contraire à une norme qui lui est supérieure. Le juge judiciaire ne peut pas invalider une loi ni un règlement. Cette deuxième manière de mettre en oeuvre la hiérarchie est radicale : la norme inférieure est supprimée.
- c- La mise à l'écart de la loi : Elle ne va pas être supprimée de l'ordre juridique. C'est que le juge va refuser simplement de l'appliquer dans le litige dont il est saisi. Quoi qu'elle ait vocation à l'origine, il refusera de l'appliquer car l'une des parties va excepter de sa contrariété avec la règle supérieure. Si le juge estime cette exception fondée, il refusera d'appliquer la règle en question. On peut mettre ainsi à l'écart une loi ou un règlement, non pas par voie d'action mais par voie d'exception.
 - ✘ Ni le juge administratif, ni le juge judiciaire ne peut contrôler la constitutionnalité d'une loi. Il n'y a pas en droit français d'exception d'inconstitutionnalité. Le juge administratif peut mettre à l'écart une loi contraire à un traité ou à une règle communautaire d'effet direct. Le juge judiciaire le peut tout autant. Il fera alors une exception d'inconventionnalité.
 - ✘ Il peut aussi mettre à l'écart un ordre de l'administration. Problème de l'exception d'illégalité des règlements. En principe, seul le juge administratif a la compétence pour mettre à l'écart un acte de l'administratif au motif qu'il contredit une norme qui

lui est supérieure. En principe, le juge civil ne peut pas écarter un règlement au motif de son illégalité. Il est saisi que si la légalité de cet acte est discutée devant lui.

- Le juge civil doit surseoir à statuer : renvoie la question au juge administratif. Exception : lorsqu'un acte est gravement illégal, il constitue une voix de fait.
- Règlement qui constitue une atteinte à une liberté publique, au droit de propriété + acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher au pouvoir que détient l'autorité administrative qui est l'auteur de l'acte.

Ex: un officier d'état civil m'ordonne de quitter ma maison. Pour le juge pénal, il est pleinement compétent

Ce schéma résulte de la théorie de la séparation des pouvoirs avec la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 Fructidor An 3. L'administration ne doit pas être contrôlée par le juge et vice versa. On a d'abord soumis les actes de l'administration à l'administration elle-même. En son sein s'est développé un groupe de personnes dédié au contrôle de l'administration. D'abord le CE, puis les juges administratifs puis la CAA.

Conclusion : le sommet de la hiérarchie est imprécis. On ne sait pas qui est supérieur à l'autre entre la constitution et les traités. Un traité ne peut être ratifié qui s'il est conforme à la constitution. Le traité s'adapte donc à la constitution mais on peut aussi dire l'inverse quand la Constitution est modifiée.

Arrêt du Conseil d'État du 30 octobre 1998 : Sarran : Considère quel traité n'est pas supérieur à la Constitution.

Assemblée plénière de la Cour de Cassation : arrêt Fraisse du 9 juin 2000 : Un juge contrôle soit la conformité d'une norme à un traité, soit à la constitution. Mais la Constitution et la CEDH ne posent pas des droits ni des règles très différentes. La question de la hiérarchie n'a donc pas d'intérêt concret sensible.

Exemple d'approche de la hiérarchie des normes.

Art 112-1 c pénal: interdit la rétroactivité des lois pénales plus sévères.

Art 8 DDHC : reprend la même idée.

Art 7 §1 CEDH.

Un décret fixe une contravention rétroactive, la police verbalise quelqu'un conformément à ce décret. Le contrevenant refuse de payer l'amende. On se retrouve devant le juge judiciaire. Doit-il appliquer le décret ?

En l'espèce, le décret est contraire à une loi. Mais le juge judiciaire ne peut pas en tirer compétence. Il devrait surseoir à statuer. Ce décret est également contraire à la constitution car la DDHC fait partie du bloc de constitutionnalité. Mais le juge n'est pas compétent pour statuer sur des exceptions d'inconstitutionnalité, seul le CC peut le faire. Mais ce décret est également contraire à un décret international. Or le juge judiciaire a la compétence d'écarter les actes contraires à la CEDH avec application directe.

Ce n'est que sur ce dernier fondement que le juge judiciaire peut refuser l'appel du décret et donc empêcher le condamné de payer la contravention.

II – Les divisions du droit

Chaque matière juridique régit un objet particulier. Cette division disparaît à l'occasion d'un litige car un litige peut mettre en jeu des questions d'ordre divers. Pour répondre au justiciable on touche à plusieurs domaines.

Division fondamentale entre règle de fond et règle de procédure.

Règles de fond: celles qui gouvernent le D, qui le fonde.

A – Le droit public

1 – Le Droit public au sens substantiel

- ✘ Règle les relations internes et externes de l'État.
- ✘ Relations internes : celles entre les différents organes de l'appareil de l'État lui-même. Ex: relations de l'État central avec les collectivités territoriales.
- ✘ Relations externes: relations de l'État avec ses pairs, les autres États.

Ce qui fait l'unité du droit public, c'est qu'il étudie toujours les relations de l'État avec autre chose.

État d'esprit qui lui est propre: toujours tourné vers **la défense de l'intérêt général**, repose sur le postulat que l'intérêt général est supérieur à l'intérêt particulier.

Prééminence de l'État affichée en permanence, lui donne un côté assez pragmatique.

Souvent assez souple car a pour objet d'arbitrer les conflits.

Animé par un esprit logique. Droit qui a son propre juge : le juge administratif.

2 – La procédure du droit public

Règles de procédure : règles visant à exposer comment procéder pour mettre en œuvre les règles de fond devant le juge à qui la loi attribue compétence.

Droit processuel : commun à tous les procès. Objet: répondre à tout un ensemble de questions.

- ✘ Quel délai pour agir en justice ?
- ✘ Quel juge saisir ?
- ✘ Quel est le juge territorialement compétent ?
- ✘ Comment saisir le juge ?
- ✘ Comment soumettre ses arguments au juge ? (Procédure orale ou écrite?)

Matière très concrète qui organise la mise en œuvre des lois substantielles.

B – Le Droit pénal

Objet : punir auteur d'infraction. Protéger les intérêts de l'état et ceux de la société prise dans son ensemble. Oscille entre la sphère du droit publique et du droit privé. Protège les intérêts privés et ceux de la société.

1 – Le droit pénal classique

Part du constat que le respect de certaine règle de conduite est particulièrement nécessaire à l'existence d'une société.
L'objet du droit pénal classique : dire quelles sont ces règles et d'organiser sa répression de façon à dissuader les citoyens de violer ces règles, voir à écarter du corps social les individus les plus dangereux à cet égard.
Droit international dès la violation de la règle indépendamment des effets.

Livre 1 : principes généraux.

Livre 2 : crimes et délits contre les personnes.

Livre 3 : crimes et délits contre les biens.

Livre 4 : crimes et délits contre la nation, l'État.

Contravention, délits (infraction grave), crimes (infractions les plus graves toujours punies par la prison à partir de 5 ans.)
Ils sont regroupés selon les types d'intérêts.

L'esprit du code pénal est un esprit d'application étroite : exprimé par le principe de légalité criminelle
Il ne peut y avoir crime délit s'il y a un texte pour fonder l'infraction et que ce texte est d'interprétation étroite.

Nullum crimen nulla poena sine lege.

Sa mise en œuvre est réservée à l'organe qui a en charge la sécurité de la société. L'État est initiateur de l'action publique au terme de laquelle il sera prononcé ou non une peine ;

Les magistrats spécialisés dans la poursuite des infractions, qui ont pour fonction de déclencher l'action publique et de la suivre: le ministère public = le parquet.

Seul l'État a la possibilité de poursuivre cette répression.

Mais lorsqu'il s'agit d'une personne privée, qu'une victime dépose plainte, cela déclenche automatiquement l'action publique.

Mais dans tous les autres cas, le monopole de la poursuite pénal appartient au ministère public.

Monopole de la défense publique donné au représentant de la société, le ministère public.

Si cela n'était pas le cas, quelqu'un qui voit une infraction se commettre pourrait déclencher toute la sanction pénale de sa propre initiative. Les actions pénales seraient donc déclenchées sans arrêt.

2 – Le droit pénal économique et administratif

La sanction pénale est employée pour prévenir et réprimer les atteintes aux ressources de l'État. (= droit fiscal, droit douanier.) D'autres part, l'État a beaucoup utilisé l'arme pénale pour contraindre les citoyens à respecter la manière dont l'État organise l'espace de vie collective spécialisé (ex. : l'université.)

Ex : droit de la concurrence (la répression frappe les infractions à la concurrence), droit boursier, droit bancaire.

Droit pénal des affaires

L'utilisation de la répression est destinée à organiser un espace collectif et que tous ses acteurs suivent les mêmes règles. La croissance du droit pénal économique est liée à la croissance de la réglementation des marchés.

Ex : l'espace routier, code de la route. Le comportement des individus sur l'espace routier est organisé et réglé de manière coercitive. Ca n'est pas du droit pénal classique. Les règles qui n'ont lieu d'exister que dans un espace particulier.

Droit de l'espace naturel, droit à l'environnement.

A coté du droit pénal classique qui figure dans le code pénal, il y a du droit d'inspiration pénale.

Comme toujours, chacun de ces droits substantiels est accompagné de règles de procédure qui lui sont propres et destinées à le mettre en œuvre. A coté du code général des impôts, il y a le livre des procédures fiscales...

C – Le droit privé

Il a pour vocation de gouverner les rapports entre personnes privées.

Pour le représenter, on utilise la figure de l'arbre : tronc commun = bas de la société. De ce tronc commun, chaque branche est une spécialité.

1 – Le droit civil

C'est le droit de l'activité quotidienne de chacun.

Il régit des situations communes à ts les citoyens.

Il est pour l'essentiel contenu formellement dans le code civil, qui apparaît comme le code de base. Il été promulgué en 1804 (environ 3000 articles.) On le nomme aussi le Code Napoléon.

a) La loi : Art 1 à 6.

b) La mise en œuvre des droits devant le juge : Article 10, relatif à la preuve, à la prescription : texte de pure procédure.

Raisons historiques et symboliques : ce code est le recueil des lois les plus importantes du droit français, donc on met des articles qui relèvent d'autres matières que le droit public.

c) Les personnes : Traitées sous 2 angles : Les personnes sont considérées individuellement : **Droit des personnes physiques**. Le code civil envisage peu la question de l'existence des personnes physiques car la question est suffisamment évidente pour édicter des règles de droit. Le droit civil se bornait à enregistrer cela.
Il traite de la capacité des personnes : aptitudes à être titulaires de droit (capacité de jouissance) et capacité à exercer leur droits (capacité d'exercice.)

- ✘ Capacité de jouissance reconnue à toute personne physique : art 8 cde civil.
Mais certaines personnes sont frappées d'incapacité spéciale : ne peuvent jouir de certains droits. Ex : art 11, capacité du médecin à recevoir des dons de ceux qu'il soigne, incapacité du tuteur à recevoir les biens du pupille.
- ✘ La capacité d'exercice est restreinte : capacité à conclure des actes pour lesquels on dispose des droits. Certaines personnes jouissent de leur droits mais ne peuvent en jouir, les exercer elle-même mais par l'intermédiaire d'un représentant.
- ✘ Les mineurs n'ont pas de capacité d'exercice.
- ✘ Personnes âgées qui n'ont plus de raison.
- ✘ Personne handicapée. Les causes d'incapacité d'exercice sont définies par le code civil : droit des incapacités.
- ✘ Les personnes envisagées dans leur rapport à la communauté à laquelle elles appartiennent. Ex : La grande communauté nationale (extrême), communauté familiale (autre extrême.) Ces liens sont exprimés par les actes de l'état civil. Ils sont établis par un officier d'état civil. Éléments d'identification d'une personne à une communauté : nationalité, sexe, nom, prénom, éléments fixant la situation famille de l'individu : filiation, acte de mariage, relation de couples comme PACS et concubinage, domicile (art 102 code civil.)

Pourquoi un titre entier à la question du domicile ? Considéré comme le lieu où la personne exerce ses droits.

- ✘ Institution fonctionnelle.
 - ✘ Institution là pour exprimer que l'individu a un lieu ou il peut s'isoler qui justifie le principe d'inviolabilité du domicile. Protégé par des dispositions pénales.
- Pour les personnes morales, le domicile est le lieu de leur siège social. La personne n'a qu'un seul domicile.

LES DROITS SUBJECTIFS

C'est le droit qu'une personne peut exercer contre quelqu'un ou quelque chose.

LA DIVERSITE DES DROITS SUBJECTIFS

I – Définition

A – La notion de droit subjectif

Cette notion a été explicitée par les théoriciens de droit depuis le XVII^{ème} siècle. Elle exprime le fait qu'un individu a un droit qu'il peut opposer à tout le monde. Il s'est développé contre la toute puissance du pouvoir politique. A l'origine, il exprimait l'idée d'une opposition entre individu et société. C'est un discours qui se base sur les droits de l'individu contre l'État.

C'est un pouvoir reconnu à un sujet, en vertu des règles du droit objectif et qui se trouve judiciairement protégé. Ce pouvoir individuel s'exerce à l'encontre d'une autre personne prédéterminée, soit d'une chose (droit d'user d'une chose), soit de la société dans son ensemble. C'est un droit qu'on peut opposer à chacun, donc ce droit peut se confondre avec la notion de liberté.

B – La notion de liberté

Le droit subjectif peut être abordé de trois manières (individu, chose, État.)

La liberté est un pouvoir reconnu à chacun, d'entreprendre une certaine activité, sans que l'état puisse l'interdire de manière absolue. Donc la liberté se définit par rapport à une activité particulière : liberté d'expression, liberté politique, liberté contractuelle. L'état peut les limiter, mais pas les supprimer. La liberté n'est pas à la poursuite d'une finalité concrète prédéterminée par les pouvoirs publics. C'est une notion ouverte sur un nombre illimité d'application. C'est donc le moteur de la capacité d'initiative. Mais la liberté n'est pas un gage d'impunité, car le fait d'utiliser sa liberté n'est pas pénalisable, mais la façon de le faire peut l'être. Ex : on est libre de circuler, mais pas n'importe comment, n'importe où, selon des règles.

Il faut distinguer droit subjectif et liberté.

Points communs : même titulaire (l'individu), elles offrent un pouvoir protégé d'agir.

Différence : le caractère déterminé de ce que cela permet : la liberté est une puissance d'agir, alors que le droit subjectif protège de faire une action déterminée. De plus, on distingue les contraintes que cela impose aux autres : car la liberté ne consiste pas à exiger des autres quelque chose, elle impose seulement aux autres de vous laisser faire, alors que le droit subjectif consiste à exiger quelque chose de lui.

2 – Les droits patrimoniaux

A – La notion de patrimoine

C'est un ensemble abstrait ou sont comptabilisés la totalité des biens, créances et dettes d'une personne.

Lieu ou une personne titulaire à l'encontre d'une autre personne, d'une chose (droit réel, droit de propriété...), lieu où sont répertoriées les créances (actif) et les dettes (passif.)

C'est une universalité juridique : un ensemble de droit. Leur point commun est leur point d'attache: la personne. Toute personne a un patrimoine, même s'il est vide. C'est le principe d'unicité du patrimoine.

Les créanciers d'une personne peuvent saisir en paiement de leur créance n'importe quel élément d'actif du patrimoine du débiteur. Donc les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2284), il peut donc choisir librement quel est le bien qui va répondre de la dette.

Face à ce problème, cette difficulté, les gens se sont dits : ne pourrait-on pas limiter les biens qui répondent d'une partie de l'activité, et donc tenir à porter hors des créanciers, les biens dont je dispose et qui ne sont pas affectés par cette difficulté professionnelle ? Le législateur accepte que l'on puisse créer des patrimoines d'affectations. Seuls ces biens répondraient de l'activité professionnelle. Réponse à cette vieille requête à toujours été négative. On a admis tout au plus que certains biens soient insaisissables... On n'a jamais admis de subdiviser le patrimoine d'une personne. Devant ce refus du droit d'admettre le partage du patrimoine, on a inventé des sociétés à responsabilité. Sociétés au sens commercial du terme.

Cas du libraire, il sait que cette activité va être risquée, mais n'a pas envie de tout risquer. Il va pouvoir mettre certains biens à l'abri. Comme il ne peut pas créer de patrimoine d'affectation, il va exercer son métier sous forme de société. Il va donc créer une SARL, à laquelle il va apporter un certain nombre de biens : par exemple, 50 000€ pour former le capital de la société. En contre partie il va recevoir des titres, qui sont des parts sociales. Il va y avoir donc une autre personne, cette fois morale : la société. Cette personne morale va être celle qui exerce l'activité de libraire, avec les moyens qui vont lui être apportés par l'associé : personne physique. Cette personne morale va avoir un patrimoine. Elle a donc un patrimoine propre. La création de ces personnes morales, et le fait qu'elles puissent faire écran entre l'associé et les créanciers de la personne morale a été un palliatif à l'interdiction à la création de patrimoine d'affectation.

B – Droit réel et droit personnel

1 – Les droits réels

Droit réel : c'est le droit sur une chose, une 'res'. Le droit réel est un pouvoir juridiquement direct et juridiquement protégé d'une personne sur une chose. Ce pouvoir s'exprime par l'exercice de différentes prérogatives.

a) Les différentes prérogatives :

A chaque prérogative correspond un droit réel.

Le droit de propriété : le droit réel le plus étendu. C'est un droit qui intègre toutes les prérogatives qu'une personne peut avoir sur une chose. Art 144 CC. On parle de « prérogative à 3. »

✘ L'usus, le fructus : C'est-à-dire le droit de jouir d'une chose, soit pour son compte personnel, soit en lui faisant produire des fruits via l'activité d'autrui.

✘ L'abusus. Le droit de disposer de la chose, c'est-à-dire d'en transférer l'usage.

Le droit d'usage et d'habitation : c'est un droit que l'on peut extraire du droit de propriété. Vous allez donner à autrui le droit d'habiter dans la maison. C'est un rapport qu'elle va avoir directement avec la chose. Elle va disposer dans la prérogative qui consiste 'à vivre dans.' Droit réel qui va la lier directement à la chose.

b) Différentes catégories de choses :

Le droit civil décrit le monde des choses, en deux catégories : Art 416 CC : « tous les biens sont meubles ou immeubles. » Le code définit les immeubles comme étant ce qui n'est pas mobile, ce qui ne se meut pas. A l'inverse, les meubles sont tout le reste du monde des choses, tous ce qui se meut.

Les immeubles c'est d'abord le sol, le terrain. Le sol est quelque chose source de richesse, producteur de fruits. Quelque chose dont la richesse se renouvelle sans arrêt, chose que les meubles ne font pas.

Les meubles corporels, c'est ce qui se touche, qui est sensible au toucher. Les meubles incorporels sont ce qui est intangible. Pendant longtemps, les meubles incorporels n'étaient considérés comme source de richesse.

Les droits réels qui portent sur les choses qui sont dans le commerce sont des biens. A coté des droits réels, se trouvent les droits personnels

2 – Les droits personnels

C'est le pouvoir juridiquement protégé qu'à une personne d'exiger d'une autre face quelque chose de déterminer. Ce quelque chose de déterminé, cela peut être une action positive, une prestation, payer une somme, ou cela peut être une action négative : s'abstenir d'un acte. Le droit personnel est un droit qui lie une personne à une autre. Le lien juridique qui s'établit entre les deux personnes s'appelle une obligation. La personne sujette à l'obligation est dite débitrice, puisque tenue d'une dette. Le droit personnel que j'ai vis-à-vis de cette personne, le pouvoir que j'ai de la contraindre à s'exécuter, c'est l'aspect actif de l'obligation, c'est-à-dire la créance. Tout droit personnel constitue en réalité le siège d'une obligation, qui unit un créancier à son débiteur. Les créances sont elles-mêmes des biens. Les liens d'obligation peuvent avoir différentes sources :

✘ Un accord de volonté : un contrat.

✘ Un fait unilatéral, spontané, maléfique : un délit.

✘ Un fait unilatéral bénéfique : si ce fait unilatéral m'a appauvri, j'ai une créance de remboursement (ex : emmener le chien d'un autre chez le vétérinaire.)

✘ La loi : le droit objectif impose des obligations à des personnes (ex : obligation alimentaire au sein d'une famille = créance alimentaire.)

3 – Les droits extra patrimoniaux

A – Définition

Les droits extra patrimoniaux sont des droits pour des sujets et leurs titulaires mais qui ne figurent pas dans son patrimoine. Ils ont donc pour cette raison toute une série de caractère qui leur sont propres :

- Leur nature n'est pas monétaire, ce qui fait leur valeur : ils sont consubstantiels à la personne humaine. Droits inhérents à la personne. Ces droits auront une expression économique quand ceux-ci sont lésés et qu'il y a réparation du « léséur. »
- Ces droits extra patrimoniaux étant attachés à la personne humaine ne sont pas cessibles. La personne ne peut pas en disposer, ils sont indisponibles. Une personne ne peut donc y renoncer, ni les transmettre à quelqu'un d'autre. Ces droits lui sont intimement attachés.
- On ne peut pas non plus les perdre par l'effet de prescription : ils sont imprescriptibles. C'est-à-dire qu'on ne peut pas les perdre avec le temps.
- Ce ne sont pas des créances.

B – Les droits de la personnalité

Personnalité : ce qui singularise une personne dans l'espace sociale. C'est ce qui va lui conférer son individualité et ce qui va permettre de l'identifier. C'est ce qui va exprimer son individualité.

1 – La notion de personne

On n'a pas de droits réels sur une personne. Que cette personne soit une personne physique ou morale.

a) Les personnes physiques

Pour identifier qui est une personne physique : cela se voit. C'est un contrat factuel. Controverse de machin chose : savoir si les Indiens étaient des personnes humaines ou des animaux. Cela a empêché l'esclavage des Indiens d'Amérique : reconnu comme humain. Aujourd'hui, ce débat sur la notion de personne rebondit sur un autre sujet : savoir si les animaux sont plus qu'une chose. Pour l'instant, les animaux sont des meubles. Ils sont donc traités comme une chose mobilière. Ce sont des choses a statut spécial, qui limite les droits du proprio.

Pour savoir si une personne physique existe, il faut identifier deux moments : la vie et la mort.

C'est entre ces deux moments que la personne physique apparaît.

La vie : Art 16 CC : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et la garantie. »
Personnalité juridique : Attitude à jouir de droits et à être titulaire d'obligations.

• En matière civile :

Personnalité juridique est reconnue à tt être humain, indépendamment de capacité physique intellectuelle

Art 528 CC : les animaux n'ont de personnalité juridique. Ce sont des biens meubles.

Art 4 de la convention européenne qui interdit l'esclavage et la servitude.

La personnalité juridique recouvre la vie de l'homme. Elle s'acquière à la naissance : pour cela, il faut être né vivant et viable (Art 318 CC, 725 CC et 325CC.)

L'enfant mort n'a pas la personnalité juridique. La viabilité implique que l'enfant dispose à sa naissance d'un développement suffisant et des organes nécessaires pour lui permettre de vivre.

Exception : le point de départ de la personnalité juridique est avancé à la date présumée de la conception lorsque tel est l'intérêt de l'enfant. « Infans conceptus pro nato habetur » : Adage latin, qui résulte des articles 729 CC et 906 CC. Le code civil fait application de cet adage pour permettre à l'enfant de recueillir le bénéfice d'une succession, ouverte dans les 300 jours précédents sa naissance, ou d'une donation.

Par extrapolation, la juris en a déduit qu'il était possible de reconnaître un enfant avant sa naissance. Consacré par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a modifié l'article 316 CC. Elle en a également déduit que cet enfant peut réclamer la réparation d'un préjudice qui lui aurait été causé pendant la grossesse de sa mère. Encore faut-il que l'enfant remplisse par la suite les conditions d'obtention de la personnalité juridique.

• En matière pénale :

En cas d'homicide involontaire, celui-ci n'est pas reconnu en droit pénal : Application stricte de la loi pénale.

Assemblée plénière, 29 juin 2001 : mère victime d'un accident de la circulation a perdu son enfant, alors enceinte de 6 mois. L'incrimination d'homicide par imprudence ne peut pas être étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus.

Dans l'hypothèse où l'enfant serait mort peu de temps après sa naissance, la personnalité juridique lui est accordée. L'incrimination juridique est alors possible. Décision du 2 décembre 2003 de la chambre criminelle

CEDH, V. vs France, 8 juillet 2004 : la CEDH a considéré que le point de départ de la vie relève de l'appréciation des États, et au regard de la diversité des opinions et des législations sur ce point, qu'il n'est pas souhaitable ni même possible de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention.

La vie prénatale est donc un mystère. Le droit reconnaît que si l'enfant est né, l'accident peut être pris en compte. A l'inverse, si l'enfant n'est pas né, on ne peut prendre en compte que les quelques dispositions légales qui existent. C'est donc le fait de la naissance qui marque l'obtention de la personnalité juridique. Le droit va alors adapter l'enregistrement de cette personne à l'état civil : l'acte de naissance. Cet acte est prévu à l'article 55 CC. La déclaration de naissance doit être faite dans les trois jours de l'accouchement, par l'officier d'état civil.

Le décès : La personnalité juridique cesse à la mort de l'individu.

R1232-1 cde de la santé publique. Outre l'arrêt cardiaque et respiratoire, le constat de la mort suppose la réunion de trois critères :

- Absence totale d'activités motrices spontanées.
- Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral.
- Absence totale de ventilation spontanée.

Le tout démontrant le caractère irréversible de la destruction encéphalique.

Acte de décès : dernier acte de l'état civil qui clôture la personnalité juridique de la personne. S'il n'y a plus de personne, son patrimoine se dissout. L'acte de décès est donc juridiquement important. Il est établi par l'officier d'état civil.

Disparition d'une personne dans des conditions de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé : Art 88 CC. Dans ce cas, le décès peut être judiciairement réclaté. La date du décès remontera à la date de l'évènement.

Absence : Institution juridique déjà présente en 1804 (contexte napoléonien, guerre.) Quand une personne a cessé de donner signe de vie, cette absence d'informations crée une incertitude dans le fait qu'elle soit vivante ou non. Au sens juridique, il y a absence, lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eut de nouvelles : Art 1112 CC pâlit à cette idée. Il y a lieu de pourvoir à l'occupation des affaires de l'absent. La présomption d'absence va résulter d'un jugement constatant que la personne n'est plus là. Ce jugement suppose une demande. Elle peut provenir de tt intéressé. Le juge après avoir vérifié les faits.

Les articles 1112 et suivants du CC prévoit une procédure en deux temps :

- Effet de la présomption d'absence : on confère le patrimoine du supposé absent à une autre personne, il va aussi faire courir un délai de 10 ans et si au bout de 10 ans situation intermédiaire n'est pas résolue, on passe à une deuxième phase : jugement présomptif d'absence : jugement déclaratif d'absence qui correspond à un acte de décès. L'intéressée saisit le TGI qui publie la demande/requête de déclaration d'absence de façon à ce que quelqu'un puisse manifester une information quelconque. Une fois le délai écoulé, le tribunal prononce le jugement qui déclare l'absence et celui-ci emportera à compter de sa date les mêmes conséquences qu'un décès. Son conjoint retrouve sa liberté patrimoniale, succession s'ouvre.. La loi prévoit le cas exceptionnel où l'absent revient. A ce moment là, on doit lui restituer le patrimoine qu'il reste.

- S'il n'y a pas de présomptions de faites, les mêmes mesures st prises au bout de 20 ans.

b) Les personnes morales

Les personnes morales sont une abstraction. Elles permettent d'incarner le résultat de la mise en commun par d'autres personnes d'un ensemble de moyens destiné à une activité. C'est pour répondre à ce problème que l'on a créé l'idée de personne morale. Cette personne aura la personnalité juridique. Elle pourra être débitrice et créancière : elle pourra donc être un correspondant pour les tiers. Elle permet de créer un être doté d'une personnalité qui lui est propre et donc d'un patrimoine qui lui est propre : il est distinct de celui qui a fondé la personne morale. La loi organise les sociétés, civiles ou commerciales. Mais aussi des associations. A mi-chemin entre les deux, il y a la mutuelle et les syndicats. La loi a donc prévu plusieurs types de personnes morales. Toutes correspondent à un schéma un peu prés identique :

- Convention qui constitue la base de la personne morale : c'est un acte volontaire, tel le contrat.
- Déclaration à une autorité administrative.
- Apport de moyens devant être fait par les géniteurs à celle-ci.
- La convention des parties et la loi, dans les limites, organisent la répartition des pouvoirs au sein de la personne morale.

Théorie de la naissance de la personnalité morale : il oppose deux conceptions :

- Théorie de la réalité : la personne morale est une réalité, c'est-à-dire qu'elle se constate indépendamment du respect d'un des modèles légaux. Pour les partisans de cette théorie, la personne morale est la résultante de la convergence d'intérêts collectifs. C'est une entité commune.
- Théorie de la fiction : les personnes morales sont des êtres essentiellement fictifs ; qui ne peuvent tenir leur personnalité juridique d'un acte créateur du législateur. Soit une organisation empreinte l'un des modèles légaux mis à la disposition par le législateur pour conférer cette personne morale. Soit, il n'empreinte aucun de ces « moules » auquel cas la personne morale ne sera fondée. La personnalité morale est liée à l'empreinte d'une des formes prévues à cela.

Ce débat, a apparemment, été tranché par la Cour de Cassation, dans l'arrêt comité d'établissement de Saint-Chamond du 28 janvier 1954, qui dispose que la personnalité n'est pas une création de la loi. Elle appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites. La CC a donc tranché que la personnalité morale était une réalité.

Pour qu'une personne morale naisse :

- Il faut qu'elle soit dotée de statuts : Acte volontaire établi par les géniteurs. Ces statuts définissent l'objet social de la personne morale. Celle-ci aura la capacité juridique de jouissance comme l'exercice limité aux actes nécessaires à la réalisation de son objet social. On parle de principe de spécialité des personnes morales. Principe qui n'a pas une importance pratique considérable.
- Il faut ensuite une déclaration administrative. C'est cette déclaration qui va faire naître cette personnalité morale. Pour les sociétés, cela sera une déclaration sur un registre : le RCS. Pour les associations, cela sera une déclaration en préfecture.

Pour passer des actes, prendre des décisions, les personnes morales vont suivre un processus qui sera fixé par la loi et les statuts. Le représentant légal est légalement habilité à incarner la volonté de la personne morale. Il pt déléguer son pouvoir. Mais il est naturellement l'organe de la personne morale. Il passe l'acte au nom de la personne morale. Les actes juridiques qu'il conclut ses qualités de représentant, engage seulement la personne morale. Au-delà des faits qu'il commet, la responsabilité ne pèsera pas sur lui, mais sur la personne morale. La conséquence de cela : les créanciers ne pourront se payer que sur les patrimoines de la personne morale. C'est à titre subsidiaire que se posera la question de savoir si les créanciers peuvent se servir dans le patrimoine des géniteurs de la personne morale, si son seul patrimoine ne suffit.

Mort d'une personne morale :

- Dissolution volontaire : les géniteurs de la société décident de la dissoudre.
- Dissolution judiciaire : par voie de justice, résultat d'une faillite.
- Dissolution administrative.

A partir du moment où il y a dissolution, et quelque soit sa cause. La dissolution, comme la mort d'une personne physique, entraîne la liquidation du patrimoine. La procédure de liquidation va être longue. Cette liquidation est soit volontaire (liquidateur amiable), soit, elle est judiciaire, en quel cas le juge va donner un liquidateur. Le liquidateur dans les deux cas va chercher à identifier quels sont les biens dont elles disposent, de trouver les dettes, qu'il va régler avec le patrimoine.

Le liquidateur aura finit, quand il ne restera plus qu'à clôturer la liquidation. Cette clôture va permettre de procéder à la radiation de la personne morale du registre. C'est cette radiation qui emporte disparition de la personnalité morale.

2 – Les droits exprimant l'identité de la personne

Ce droit exprime ce qui fait l'individualité de la personne, et notamment sont état civil (État au sein de la société.)

a) Ses attaches familiales

De la situation familiale de l'individu naît toute une série de droit :

- Droits à rapport vertical : en découle la filiation. L'individu à des « droits à » en fonction de sa filiation. Succession, créances alimentaires et dettes alimentaires. Donne lieu à des sanctions. Ex : pension alimentaire si un parent n'accomplit pas sa dette alimentaire envers ses enfants. Droit à hériter, à être éduqué, à être hébergé...
- Droits qui résultent d'un rapport d'alliance : Les liens horizontaux, comme le mariage. Droit extra patrimoniaux qui résultent du mariage. Les devoirs. Ex : le devoir de fidélité. On ne peut pas en disposer.

b- Son nom

Résulte de l'attache familiale. C'est un droit de famille mais même les sans famille ont un nom car c'est une nécessité pour l'État et les citoyens qui ont besoin de pouvoir identifier un individu et donc de pouvoir le nommer. Double fonction du nom :

- D'une part c'est une institution de police civile. On ne peut en faire n'importe quoi, il y a un intérêt collectif.
- L'expression de la personne. Le nom est consubstantiel à une personne. Le nom donne l'existence.

Le nom est un droit, par son attache à la personne, qualifié de droit extra patrimonial.

C'est le droit de porter le nom qui est le nôtre. On ne peut supprimer son nom. On peut changer de nom mais pas l'anéantir. On peut céder un nom ou le transmettre. On peut conférer son nom à une personne morale. L'action en usurpation permet de défendre l'identité de la personne. Elle est imprescriptible, le droit de se défendre contre une usurpation ne se perd pas par nom usage.

Les modes d'attribution du nom :

- Le nom de famille : effet de la filiation. Figure dans le CC dans la section V : les règles de dévolution du nom de famille. Art. 311-21: donne aux parents la possibilité de choisir le nom de l'enfant. Si au moment de l'acte de naissance la filiation est unilinéaire l'enfant porte le nom de la personne qui le reconnaît. Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs.
- Le prénom : Au sein de la famille, l'individu est singularisé par son prénom. Le prénom est librement choisit par les parents (art. 57) L'officier d'état civil doit l'enregistrer, consigner le choix des parents mais peut saisir le procureur de la république si le prénom peut porter préjudice à l'enfant. Le JAF (juge des affaires familiales) et accepte ou non le prénom. Immutabilité du nom et du prénom. Loi du 6 Fructidor an II. Cela pour pouvoir effectuer le rôle de police civile.
- Changement du prénom : art 60 : règles pour changer de prénom. Besoin de l'autorisation du mineur à partir de 13 ans.
- Changement du nom de famille : Procédure plus longue. Autorisé par décret. Il faut remonter jusqu'au ministre pour qu'il soit statué sur la question. Art. 61-1 à 61-4.

c) La nationalité

Élément de rattachement d'un individu à un ensemble plus large : la nation. Permet de ne pas être traité comme un étranger. Il appartient à la culture nationale, à un individu, de demander la protection de son état, de ne pas y être traité comme qqn qui n'y appartient pas. Statut des étrangers est un signe distinctif, un clivage puissant. Il a fallu attendre le XVIII^{ème} siècle pour voir disparaître les différents signes de distinction entre individu et étranger d'un État.

Idée de faire parti d'un groupe donne des droits. Groupe soudé contre l'ennemi. L'ennemi est la menace extérieure. (Droit aubaine, durant antiquité : quand un étranger mourrait chez vous, en droit de récupérer tous ses biens.)

Clivage qui tend à diminuer dans la cs collective, car on est sur la voie d'une nation européenne.

- Art 3 CEDH pose l'interdiction à un état d'expulser ses propres nationaux.
- Art 15 déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) « tout individu a droit à une nationalité. »

Nationalité est quelque chose attaché à l'être, et non à son avoir : quelque chose d'obligatoire, en nous. On ne peut la donner, ni même y renoncer.

d) Le sexe

Différence des sexes est inhérente à l'humanité. C'est un élément structurant l'humanité. Depuis plusieurs années, discours qui fait consensus. Nuance entre l'égalité et l'indifférenciation.

Un des signaux récents du maintien de cet élément d'identité est le mariage. Pour l'instant le mariage n'est que l'union d'un homme et d'une femme. Conséquence que l'on tire de la différenciation sexuelle.

Si, pour rétablir l'égalité des sexes dans tel ou tel emploi, l'on peut faire une discrimination ?

3 – La personnalité de l'individu

Image que l'on veut donner à autrui. Image qui nous caractérise. Pour nous permettre de rester un temps soit peu, maître de notre rapport à autrui, rester maître du regard d'autrui sur nous, le droit positif introduit à chacun des droits.

a) Droit de défendre sa vie privée contre l'intrusion d'autrui

Vie privée, c'est le lieu d'épanouissement de la personnalité. Art 9 CC : « chacun a droit au respect de sa vie privée. » Au-delà de l'art 9 CC, la vie privée est devenue un droit fondamental, puisque protégé par des conventions internationales, notamment Article 12 DDHC, Article 8 CEDH, Article 17 Convention de New York.

La délimitation de la sphère de la vie privée s'opère de manière concrète. Il n'y a pas de liste. Le droit d'information est attentatoire du moment où il y a un lien entre la personne et la vie privée. Le lieu ne délimite la vie privée. Un acte fait dans un lieu public pt relever d'une atteinte à la vie privée.

Le droit de défendre la vie privée, a les attributs d'un droit extra patrimonial. On ne peut renoncer à ce droit. On ne peut donc pas donner le droit à un individu de s'immiscer dans notre vie privée. On peut juste ponctuellement lui accorder le droit de divulguer des affaires relevant de ma vie privée. On peut aussi monnayer cette information.

Art 9 CC permet de défendre l'intimité de notre vie privée. On nous donne le droit d'être maître de l'image que l'on veut donner à autrui. Le fait d'être maître signifie qu'on pt exclure le regard d'autrui, ms aussi qu'on peut s'y exhiber.

L'extra patrimonial, c'est la possibilité de se défendre.

Arrêt, Cour de Cassation : On peut, par exemple, révéler le montant de nos impôts, car ce montant n'a pas de lien avec notre personnalité.

L'arrêt du 4 mai 2000, CEDH a pu estimer qu'aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la vie privée.

Exemple fournit par la règle, forgée par la juris, selon laquelle la vie privée disparaît en m tps que la personne. Ainsi, on ne peut porter atteinte à la vie privée d'un mort. Il n'y a pas de vie privée post mortem. On peut donc tout dire sur lui, une fois décédé, puisqu'il n'y a plus de droit. Les héritiers peuvent agir qu'en défense de leur propre vie privée, si jamais les révélations les concernent.

Articulation de la vie privée avec la liberté d'information : La liberté de la presse possède des protections fortes. Conflit entre l'article 8 CEDH et l'article 10 de la convention. Ils sont dans la hiérarchie, au même niveau. Art de presse ne pourrait pas impunément s'attaquer à la dignité même d'une personne. Ms sous cette réserve, la liberté de l'information, soit la liberté de la presse, prime sur le respect de la vie privée, pour tous les cas où cette atteinte est justifiée par un intérêt d'information. L'appréciation sera au cas par cas.

Cour de Cassation, concernant la disparition du Dr Goddard. Un journal avait publié « le roman vrai du Dr Goddard » qui était une version romancée de l'affaire. Les intéressées agissent contre le journal en D&I. La CC estime que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression relèvent d'une identique valeur, c'est alors au juge de rechercher la solution la plus protectrice, et d'un certain équilibre.

Équilibre entre l'un et l'autre n'a pas toujours lieu d'être. Presse est une institution nécessaire au principe de la démocratie, et donc il faut la privilégier. Elle ne gagne pas à tous les coups, mais fréquemment.

Art 226-1 Cde Pénal, inaugure une section « de l'atteinte à la vie privée. » La question du droit à l'image est devenue une extension de la question de la vie privée.

b) Le droit à l'image

Construction prétorienne, qui a été progressive. Le régime de la défense du droit à l'image s'est calqué sur l'origine de la défense de la vie privée. Toute autorisation de diffusion de l'image doit être ponctuelle, et spécifique. Une image utilisée une fois ne donne le droit à n'importe d'autre de la rediffuser. Toute divulgation d'une image sans l'autorisation préalable de la personne est une atteinte au droit de l'image. Bien entendu, la liberté d'information va pouvoir faire céder cette règle, sous réserve absolue d'un intérêt, et du respect de la dignité.

Affaire du procès Erignac. Un journal avait diffusé des images, en première page, du préfet, gisant dans son sang. L'image en elle-même était une information efficace, pertinente. On aurait pu dire que l'article 9 CC n'avait rien à faire dans cette affaire, puisque le préfet était mort. Lors de cette affaire, cette délimitation n'était encor assez claire pour s'appliquer. L'article 9 CC a été intenté, faute de mieux. La CC a relevé qu'en ayant retenu que la photo publiée représentée distinctement le corps et le visage du préfet, cela intenté à sa dignité (Art 16 CC) Dans l'affaire Erignac, on a vu en matière du droit à l'image, arrivé le droit à la dignité de la personne.

Ici encore, cela posait problème : deux textes à valeur égale, entre vie privée et liberté d'information. Art 16 CC, vient rompre ce conflit. On reconnaît une éminence particulière au droit à la dignité. Le respect de la dignité prime sur le droit de l'information, même si elle n'est pas pertinente.

Image d'une personne morte, dans un accident, est présentée sans recherche d'exceptionnel, alors il n'y aura atteinte à la dignité. La liberté d'information vaincra le droit à l'image, si celle-ci a un intérêt informatif, sous réserve de la dignité de la personne. Tout comme en matière de droit privé, le droit à l'image disparaissait avec son titulaire.

c) Le droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique

Le droit moral de l'artiste sur l'œuvre, lui permet de s'opposer à la diffusion de cette œuvre, alors même qu'il en a cédé le droit moral. Même en ayant cédé son œuvre, il concerne le droit moral : prérogative singulière. Permet à l'artiste d'interdire au légitime propriétaire de l'œuvre d'exploiter celle-ci. Cette singularité française se comprend par rapport à nos droits extra patrimoniaux. L'auteur imprime une partie de sa personnalité sur son œuvre : dimension personnelle forte. L'auteur reste donc le seul maître de l'exploitation de l'œuvre. Il est l'expression technique de l'aspect personnel extra patrimonial qui s'attache à l'œuvre en e qu'elle exprime la personnalité de l'auteur. C'est un droit permanent.

C – Les droits fondamentaux

La loi ou les conventions reconnaissent que chaque individu a des droits, en tant qu'être humain. Droits inhérents à la dignité de la personne humaine. Ces droits sont d'une vigueur tout à fait particulière. L'État ne peut les supprimer mais simplement les encadrer. Ces droits sont difficilement dissociables de nos libertés.

1 – Les droits fondamentaux effectifs

Un individu va pouvoir faire sanctionner un État qui méconnaît ou ne respecte ces droits. Ces droits sont nombreux

a) Droits protégeant la dignité et l'intégrité de la personne humaine

- C'est le droit au respect humain, Art 16 CC,
- C'est le droit à la vie, Art 2 CC. Le droit à la vie, c'est le droit de ne pas être tué. C'est sur ce fondement qu'on a pu interdire la peine capitale, que l'euthanasie est aussi interdite. C'est aussi l'interdiction de torture, d'esclavage, et du travail

forcé. Ces droits s'opposent à ce qu'un être humain soit traité comme une chose. Le droit de disposer d'une chose, c'est le droit de la détruire, ce qui n'est possible avec une personne.

b) Droits politiques

Ces sont les droits qui ont rapport à la laïcité :

- Liberté religieuse.
- Liberté d'expression.
- Droit à la personnalité.
- Droit de vote.

c) Droits au caractère économique

- Droit de propriété : il y a une dimension dans le droit de propriété qui est liée à la personne humaine. La propriété est en effet un moyen pour une personne d'exprimer son individualité. Trait le plus spécifique de la propriété : fait de pouvoir exclure autrui de l'usage de ce qui est votre. Initiatives peuvent s'exprimer sans retenue sur la chose. Donc la propriété privée est pour l'individu est d'une part une limite pour autrui, et d'autre part le moyen de réaliser des projets en toute indépendance. « Charbonnier est maître chez soi », c'est-à-dire que le plus miséreux des miséreux, chez lui est roi.

Toute personne humaine a droit à ce que l'État respecte sa propriété.

La propriété est un droit essentiel et privé, droit nul ne pouvant être privé.

Ce qui est extra patrimonial, c'est le droit de ce qui est à soi, et qui ne peut m'être ôter sans mon consentement.

d) Les droits processionnaires

C'est le droit à un procès équitable. En cas de violation, le juge n'hésite pas à écarter des dispositions légales.

2 – Les droits programmatiques

Ce sont des droits qu'on trouve dans certaines programmations politiques, certaines lois, préambules ou traités. Ces droits n'ont aucune effectivité, c'est-à-dire qu'ils n'ont personne contre qui s'exercer. Le droit au bonheur, au travail, ...

Ces droits peuvent être appelés aussi droits aux créances, dit droits A.

Un droit subjectif d'un point de vue juridique n'est tel que s'il peut être mis en œuvre devant un tribunal.

LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SUBJECTIFS

Il faut s'adresser au juge pour assurer le respect des droits subjectifs, mais on peut s'adresser à des autorités dotées de pouvoirs capables d'assurer ces droits. Sa méconnaissance peut donner lieu à des sanctions. L'individu va devoir exercer une action en justice.

I – L'action en justice

A – La notion

Tout droit subjectif véritable est défendu par l'exercice d'une action qui lui est attaché à titre plus ou moins particulier.

- Les droits réels sont notamment défendus par des actions réelles. Le propriétaire dépossédé de son bien, pour le récupérer, exercera une action en revendication.
- Les droits personnels sont notamment défendus par des actions personnelles. Le créancier impayé exercera une action en exécution forcée à l'encontre du débiteur.

Pour défendre la substance de son droit subjectif, le titulaire dispose d'une action en justice correspondante, dit droit processionnel. Les actions sont diverses, et elles se définissent les une des autres par leur objet, c'est-à-dire par la mesure qu'elles tentent d'obtenir du juge. Art 30 NCPC « l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fond. »

Il faut donc que le demandeur à l'instance dispose du droit d'action correspondant au droit subjectif dont il demande le respect. S'il ne remplit pas les conditions pour disposer valablement du droit d'action, on dira que sa demande ne peut être reçue par le tribunal. Elle est irrecevable.

La question de la recevabilité de l'action est une question préalable et cruciale.

B – Conditions de recevabilité

1 – Condition de délai

Les actions se prescrivent au bout d'un certain temps. Elles s'éteignent par l'effet de la prescription.

La prescription extinctive est une institution juridique par laquelle le droit d'agir en justice pour la défense d'un droit subjectif s'éteint au terme d'un certain délai d'inaction. Le fondement de l'institution est exprimé par l'adage « Quia non movere » (On ne dérange pas ce qui est paisible.) La prescription extinctive de droit commun est fixée par l'art 2262 CC : délai de dix ans.

Art 110-4 : prescription en matière administrative, elle est de quatre ans.

Prescription est en plein cours de réforme. (Projet de loi déposé en août 2007) On passerait d'un délai de 30 ans à un délai de 5 ou 3 ans. (Dies a quo : à partir du jour)

2 – Condition personnelle

Il faut avoir un intérêt à agir. On peut exercer une action que si on a intérêt à son succès, et que ce succès présente un intérêt personnel, c'est-à-dire que le demandeur doit être le titulaire du droit subjectif dont il demande au juge de sanctionner la violation. On ne peut agir sans mandat. On peut agir au nom et pour le compte si et seulement si on a son accord. Si cela n'était le cas, on aboutirait à un contentieux généralisé : tout le monde s'occuperait des affaires d'autrui. Seule personne qui peut agir pour autrui sans son accord : l'État, quand il agit par l'intérêt général, par le biais du ministère public. Quand il suffit d'avoir un intérêt à agir pour pouvoir le faire, on dit que l'action est banale. Il n'y a que des actions banales.

3 – Cas spécial

Actions pour lesquelles il faut avoir des intérêts mais aussi qualité pour agir. Pour certaines actions particulièrement grave, il ne faut pas seulement avoir intérêt à agir, il faut aussi être qualifié à agir. Quand la loi réserve une action à ceux qui sont pourvus d'une certaine qualité, la loi énonce la qualité en jeu.

- Par ex, une action en divorce est une action attitrée aux époux.
- Action en nullité, action qui est réservée au parti.

L'action dont en plus de cela, être dite bien fondée par le juge.

II – Preuve

Le succès d'une action en justice suppose préalablement les faits qui la soutiennent.

Action en responsabilité pour faute. Je prétends que X a endommagé mon pc, en envoyant un mail, portant un virus. Il faut que je prouve que le fait de ma gêne a réellement existé. Il faut que je convainque que cette faute est dommageable. Il faut donc prouver que X m'a envoyé un mail comportant un virus. Et que cet acte caractérise une faute.

Prouver, c'est convaincre le juge d'une réalité.

Preuve : consiste à convaincre le juge de la vérité d'un fait ou d'un acte.

C'est une même chose de ne pas prouver et de ne pas être « idem est non esse out non probari. »

a) Que prouver ? Que faut-il prouver ?

Les faits théoriquement pertinents et des faits pertinents. C'est ce qu'on doit prouver. Ils doivent être pertinents par rapport à l'action que l'on a engagé. Il faut certaines conditions qu'il faut prouver réunies pour caractériser le succès de l'action.

Il y a tout un ensemble de faits que le bon sens impose de prouver. Dans une situation complexe, tous les faits sont à prouver : grande difficulté. C'est pourquoi, bien que tous les faits pertinents soient à prouver, une condition a été rajoutée : seuls les faits contestés doivent être prouver. Facilite l'action. Si le fait que j'avance n'est pas contredit par mon adversaire, on dit que ce fait est constant : théorie du fait constant. Cette théorie restreint donc l'objet de la preuve.

b) Qui doit prouver ?

L'art 9 NCPC dispose que « il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention. » Ainsi, c'est à celui qui demande quelque chose de prouver que les conditions de succès de sa demande sont réunies. « Action incumbit probatio » : « Celui qui agit avance la preuve. »

X me doit 500€ pour le paiement du tableau que je lui ai vendu. Il ne paie pas, je fais donc une action en paiement. Ma prétention consiste que X est débiteur du prix. Si le juge accepte ma demande, je pourrais alors récupérer mon gain. Je dois alors prouver ce que X nie. Face à cette situation, l'article 9 ne donne pas d'indications sur jusqu'à quel point je dois prouver. Je dois prouver les faits qui rendent apparemment bien fondée ma prétention. C'est alors à l'autre parti de venir contredire cette apparence, en apportant des preuves contraires.

Art 1315 CC « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Donc, si X prétend avoir payer sa dette, c'est à lui de le prouver.

c) Comment prouver ?

- **Les différents modes de preuves** : Il y a hiérarchiquement un classement, à force probante, légalement attaché à chaque mode de preuve :
 - **L'aveu et le serment** : il est utile lorsque l'on refuse de le prêter. Si l'on refuse de prêter serment, cela équivaut à un aveu des faits que l'on nous impute. Le cas contraire suffit à prouver que vous dites vrai. Déferer le serment, c'est-à-dire faire dépendre la preuve de la partie qui nie est dangereux. C'est un mode de preuve marginal. L'aveu consiste à reconnaître l'existence d'un fait qui est allégué contre nous. Il a de civil un statut très différent que l'aveu fait dans un concept pénal. L'aveu pénal est un mode de preuve comme un autre, il n'est pas doté d'une force particulière. Art 438 NCPC. Au plan civil, l'aveu à une force supérieure. C'est en matière civile, que l'on peut dire que l'aveu est la reine des preuves. Le fait qu'il ait avoué, l'aveu s'impose au juge comme vrai. Mais l'aveu ne vaut que s'il concerne un élément de faits. L'aveu fait devant le juge, a une force légale et il est ni rétractable ni divisible. La reconnaissance qui a été exprimée en dehors de l'enquête judiciaire se trouve rétractable et divisible. On parle d'aveu intra judiciaire, et extra judiciaire.
 - **L'écrit** : Art 1316 CC : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres symboles ou signes dotés d'une signification intelligible, quelque soit le support. » Grâce à

la graphologie, l'imputabilité du manuscrit est assez nette. Écrit électronique à une imputabilité moins net. L'article couvre également l'écrit papier dactylographié : l'imputabilité est alors nulle. Il n'aura d'intérêt que s'il est signé. Il existe une hiérarchie des écrits :

- **Acte authentique** : écrit réalisé par un officier public (notaire, etc.) Cet acte va retranscrire les constatations qu'à fait l'officier public. Ces constatations que l'officier a consigné dans son acte font foi jusqu'à inscription de faux. Cet écrit a donc une forte force probante.
- **Acte sous seing privé** : C'est un écrit revêtu de la signature de celui auquel on l'oppose. Il a force probante qui s'impose au juge, à l'égard du signataire. Contrat signé par les deux contractants : existence de l'accord de volonté tel qu'il est consigné dans le document s'impose au juge. La force probante d'un écrit non signé est alors souverainement appréciée par le juge. On parle de commencement de preuve par l'écrit.
- **Témoignage** : ce sont des paroles de tiers (« testis » en latin.) C'est pourquoi, cette preuve est appelée preuve testimoniale. Parole prononcée par un tiers à la cause, qui vient relater des choses devant le juge et sous serment. On peut dispenser quelqu'un de son obligation de témoigner : à l'égard des enfants surtout. Parfois même, il existe des interdictions de témoigner. Art 205 NCPC, interdiction qu'il ait faite aux enfants de témoigner dans le cadre du procès en divorce qui oppose leurs parents. La force probante est abandonnée à l'appréciation souveraine du magistrat.
- **Présomption** : Art 1349 CC « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Tel fait doit être prouvé, mais il n'est pas facile de le prouver directement. Alors, celui qui doit prouver ce premier fait va prouver un autre fait qui prouve l'existence de ce premier fait. On prouve par indice, on rapporte la preuve d'élément de fait, qui fait présumer que le fait pertinent a existé.
 - **Présomptions du fait de l'homme** : présomption que le juge tire de lui-même du fait des faits qu'on lui présente. Le juge se convainc librement de l'existence d'un fait inconnu, à partir des faits qu'on lui rapporte.
 - **Présomption du fait de la loi** : C'est la loi qui établit la liaison entre le fait connu et la démonstration du fait inconnu. De telle sorte, que c'est la loi qui établit le lien intellectuel entre tel fait et tel autre. Il suffit de prouver un premier fait pour que le juge soit obligé de tenir contre du deuxième fait. Art 311 CC.

Dans les deux cas, elles peuvent être combattues par la preuve contraire. Art 553 CC. Parfois, à l'inverse, le mécanisme de la présomption ne peut être renversé par la preuve contraire : on dit qu'on est face à une présomption irréfragable. La jurisprudence crée parfois de telles présomptions. On parle dans ce cas de présomption quasi légale. Quand le texte ne dit rien, on s'interroge sur la raison d'être de la présomption. Si elle vise simplement à exprimer un état de fait habituel, elle mérite d'être renversée. Mais quand elle vise autre chose, ce qui ne se passe pas habituellement, la présomption est irréfragable.

En toute hypothèse, la preuve ne peut être que loyalement. Si la preuve apportée a été obtenue déloyalement, elle sera rejetée du procès civil. Un enregistrement clandestin ne sera pas accepté en civil, alors qu'il pourra l'être en pénal. La preuve en droit est libre, théoriquement. Tous les modes de preuves en principe sont ouverts.

• Preuve propre aux actes juridiques

- **Notion de l'acte juridique** : Acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire toute partie des effets juridiques que la loi lui attache. Ex : La loi attache des conséquences déterminées à un testament. On manifeste cette volonté en vue que les biens soient répartis entre les bénéficiaires de l'acte juridique. Il existe divers actes juridiques :
 - **Acte bi-latéral** : les conventions, les contrats et autres actes de volonté
 - **Acte uni latéral** : testament établit seul, renonciation à un droit, reconnaissance d'un enfant.
- **Principe : Nécessité d'une preuve littérale** : Art 1341 CC. La preuve littérale est un écrit signé par celui auquel on l'oppose, et remplissant certaines formalités complémentaires. Il fait foi, c'est-à-dire que la preuve s'impose au juge, et il est interdit de prouver outre et contre ses énonciations. Les formalités complémentaires sont de deux ordres :
 - S'il s'agit d'un contrat engageant obligation pour les deux parties, l'acte devra être en deux originaux.
 - S'il s'agit d'un acte portant en engagement pour un paiement d'un seul parti, le débiteur doit indiquer par lui-même le montant de la somme en chiffres et en lettres : Art 1326 CC.

Des exceptions à l'exigence d'une preuve littérale :

- **Légales** : sont au nombre de 4 :
 - En matière commerciale : Art L110-3 cde de commerce. La preuve peut donc être prouvée librement.
 - Art 1347 CC il intervient quand celui qui doit prouver mais ne le pouvant pas, dispose d'un écrit signé émanant de son contradicteur et rendant vraisemblable le fait. On admet que celui qui doit prouver puisse avancer, produire le commencement de la preuve par écrit et qu'il puisse ainsi prouver le fait litigieux s'il complète ce commencement par un élément complémentaire quelconque.
 - Art 1348-2 : Il institue la possibilité d'échapper à l'exigence d'une preuve littérale lorsqu'on dispose de copie fidèle et durable de l'acte littéral. Mais la copie n'a pas de force probante équivalente. Elle sera librement appréciée par le juge.

- Art 1348-1 : Il admet qu'on peut échapper à une preuve littérale dans le cas où il y a impossibilité morale ou matérielle de constituer une preuve littérale. L'impossibilité morale renvoie à l'hypothèse où les parties st unies par des liens tels il n'est pas d'usage d'établir un écrit. Cette impossibilité matérielle survient dans les milieux agricoles et dans les milieux de l'art. Des exceptions conventionnelles :
- Art 1315 et suivants, sont des règles d'ordre privé : le jeu de l'art 1341 CC pt être écarté par celui qui pourrait s'en prévaloir. La volonté individuelle pt libérer la preuve quoique la loi l'entrave. Validité limitée et liberté doivent être tempérées. « Nul ne peut se constituer preuve à lui-même. » Contrat d'abonnement téléphonique : L'opérateur facture un forfait et il y a dépassement. Qu'est ce qui prouve ce dépassement ? Peut-on refuser de payer en annonçant que « nul ne peut se constituer preuve à lui-même » ? La preuve est établie par le truchement des appareils électroniques. L'adage peut jouer malgré la juris.
- **Preuve des faits juridiques** : c'est tout ce qui n'est pas acte. La preuve des faits juridiques et des obligations qui résultent de faits juridiques est libre. Mais elle connaît d'assez nombreuses restrictions, notamment en matière de mariage. Pour prouver cause de divorces : règles.

TITRE 2 : LES ARTISANS DU DROIT

- L'ensemble de la communauté juridique dont l'activité se déploie dans l'application du droit (juge, juristes ...) et dans la création du droit. L'application du droit se déploie aussi dans le domaine de l'administration.
- Création du droit, c'est-à-dire la formulation de nouvelles règles de droit... Tache première de l'État, et plus largement de toute collectivité. La collectivité constitue la source principale des règles de droit. Source auxiliaire : la jurisprudence.
- Doctrine : communauté des experts juridiques. Ils sont en fonction proposer des modifications aux règles existantes ou des compléments. Leurs comportements influent sur les décisions créatives des collectivités et des juges. Trois éléments moteurs dans la création du droit.

CHAPITRE 1 : LES COLLECTIVITES

Source de droit et s'exprime par l'instrument de la règle, du fait de leur organisation.

LA LOI : SOURCE PREMIERE DU DROIT

La loi évoque la loi votée par le parlement. Mais il existe plusieurs communautés de droit qui vont produire des lois selon le même modèle.

I – La loi parlementaire

La loi est le fruit des délibérations des représentants du peuple. Conception idéale, faite dans la CC, par Portalis « les lois ne sont pas purs actes de puissance, mais actes de sagesse »

Il est prévu toute une procédure de la loi, censée garantir la qualité de la loi, intellectuelle. On a donné à la procédure le rôle de garantir cette délibération.

A – Le législateur d'origine

Tel qu'on l'imagine à la lecture des textes : législateur qui débat, qui élabore le texte au fil de toutes les séries d'étapes qui sont censés avoir un regard critique sur le texte. Procédure d'une loi se décompose en série d'étapes.

1 – La phase d'initiative

La phase est théoriquement partagée entre le gouvernement et le parlement. Ce qui assure un équilibre entre les pvrs : gage de sagesse et de prudence.

- **Impulsion gouvernementale** : on parle de projet de loi. C'est un projet de texte, voté par le parlement. Présente comme un texte, élaboré par le ministère intéressé par le sujet. Normalement, cet avant-projet est également transmis au service de la chancellerie, qui donneront un avis technique. (Rationalité du texte,...) Une fois finalisé, ce texte est transmis au conseil d'état, pour que celui-ci donne un avis à ce sujet. Conseil d'état : double face. Composé de juristes à 99% civils. Le conseil va alors présenter si accepter le texte au conseil des ministres. Le texte sera alors de nouveau discuté. Une fois le conseil des ministres à adopter le texte, alors le Premier ministre va transmettre à l'assemblée ou au sénat le projet de loi. Le texte va être transmis au bureau de la chambre choisie. Le président de la chambre en question va transmettre le texte à la commission parlementaire compétente dont son sujet relève. Les commissions, qui st thématiques, st des subdivisions existantes au sein des deux chambres. Une fois transmise, la phase d'initiative est terminée.
- **Initiative parlementaire** : proposition de loi. On parle de proposition de loi quand le texte est élaboré par un parlementaire. Il s'adresse au président de son gouvernement, qui va lui donner ou non l'autorisation pour mettre cette proposition dans le quota de loi de son groupe. Si la proposition passe ce tamis, le président du groupe va alors transmettre celle-ci au bureau de la chambre. A niveau la chambre dite va recevoir en commission pour discussion.

2 – La phase de discussion parlementaire

- La discussion en commission : le président de la commission va donner au projet de texte qu'il a reçu un rapporteur : chargé d'analyser le texte et d'en donner un avis, et d'en suggérer un certain nombre d'améliorations. Les membres de la commission vont pouvoir faire de même. La commission va discuter sur le texte. Certains amendements seront repris par la commission. Le rapporteur refait, à la lumière des discussions, son rapport, et va renvoyer le tout au bureau de la chambre au sein duquel tout ça se passe.
- Discussion en séance : en gardant les dossiers contenant les différentes améliorations du texte, les parlementaires vont discuter. L'initiateur du texte va le présenter, et les parlementaires vont alors dialoguer pour indiquer leur point de vue. Les représentants de chaque groupe politique vont s'exprimer chacun pour donner l'avis général de leur groupe. Une fois que tout le monde s'est exprimé, commence la discussion article par article. La discussion des différents amendements débute. Une fois le texte voté article par article, l'assemblée ou le sénat fera achever la 1^{ère} lecture du texte. Le texte modifié, tout recommence, pour une nouvelle discussion. Si le texte est voté dans les mêmes termes que l'assemblée, le projet est accepté. Si le sénat modifie quelque chose, le texte part en deuxième lecture à l'assemblée. S'il n'y a toujours pas d'accord entre les 2 chambres, une commission mixte paritaire est nommée (7 députés et 7 sénateurs.) Si toujours pas d'accord, l'assemblée aura l'avantage.

3 – La phase postérieure au vote

- **Contrôle éventuel par le conseil constitutionnel** : Invalide totalement ou partiellement les dispositions critiquées. Souvent, il donne un brevet de constitutionnalité au texte, avec une réserve d'interprétation.
- **La promulgation** : Le texte est renvoyé à Matignon. Puis le Premier ministre l'envoie à l'Élysée pour que le président de la république signe le texte. C'est du jour de sa promulgation que la loi va tirer sa date et son numéro d'ordre. Ex : L n°99-944 du 15 Nov. 1999, relative au PACS. Pendant 15 jours, délai légal de promulgation, le président s'il n'est satisfait, peut renvoyer le texte. Ce contre-pouvoir n'a jamais été utilisé, sauf, pour faire pression par Mitterrand.
- **Publication** : C'est cette publication qui va permettre au texte d'entrer en vigueur le lendemain de cette publication, sauf si élaborations transitoires : Art 1 CC.

B – Le législateur tel qu'il est

La procédure rend bien la séparation des pouvoirs. En réalité, le parlement n'a plus beaucoup d'indépendance vis-à-vis du gouvernement. On peut dire que c'est à présent le gouvernement qui fait la loi.

- Si un député critique le texte, il risque d'être sanctionné : perte d'une indépendance
- Le gouvernement a quand même dans la procédure un rôle déterminant : il maîtrise le calendrier législatif.
- C'est le parlement qui discute, mais c'est le gouvernement qui annonce de quoi on discute : limite l'initiative du parlement et son pouvoir.
- Le gouvernement peut déclarer l'urgence d'un texte : Qu'une seule discussion avait été mise en place d'une commission mixte.
- Le gouvernement peut contrôler la discussion elle-même en engageant sa responsabilité sur le texte : Art 49-3 CC.
- De plus, au sein du processus parlementaire, il y a toujours un représentant du gouvernement : contrôle permanent.

La procédure visée à garantir un résultat. Il suffit de quelques modifications pour tordre tous les processus.

Le rôle de contre-pouvoir a été comblé par une prise de distance beaucoup plus grande de la justice pour rétablir la balance entre l'exécutif et le législatif. La départementalisation de la loi n'a rien enlevé à son prestige.

II – Les quasi législateurs

Toute collectivité décrète ses règles. Le constat de cette production normative ressemblant à la loi, on peut le voir aussi bien au sein des collectivités privées que publiques.

A – Les sources privées

La coutume, les usages, et les règlements collectifs d'ordre privé.

1 – La coutume

La coutume est une règle, de conduite ou technique, spontanément observée par le corps social sans consécration préalable par une autorité instituée.

Propre de la coutume : auto-sécrite par ceux d'en bas : elle vient de la pratique de la base.

Coutume consistant à offrir une bague de fiançailles : Ce n'est pas une coutume juridique, puisque la femme ne peut agir en justice pour réclamer le dû.

Sous l'ancien régime, coutume était une source majeure du droit, mais le siècle des Lumières a renversé la polarité. Cependant, la coutume réapparaît au sein des différentes branches dérivées du droit civil.

Dans le droit du travail, les usages d'entreprises sont une source de travail considérable. Il en est de même en droit commercial.

Les caractères de la coutume : un comportement commun ne fonde une coutume que sous deux conditions :

- L'élément matériel de la coutume : répétition du comportement, constance. « Une fois n'est pas coutume. »
- L'élément psychologique de la coutume : il faut que chaque membre de la communauté le ressente comme une nécessité : « opinio necessitatis. »

Psychologie de la coutume :

- « Secundum Legem » : la coutume qui seconde la loi. La coutume assume un tel rôle quand la loi renvoie aux usages pour déterminer sa propre application. La coutume oriente l'application de la loi.
- « Praeter Legem » : intervient à coté de la loi. Ce mode se rencontre quand la coutume vient combler un vide textuel. Normalement, c'est impossible que la coutume vienne à l'encontre de la loi. Mais il y en a des exemples : Infliger des blessures sans que cela ne soit punit : dans le cadre d'un sport.

2 – Les règles posées par une autorité collective privée

Ces règles se distinguent de la coutume par la forme et par la procédure d'élaboration.

- Il s'agit ici de règles écrites. La coutume est une règle non écrite.
- La coutume est un phénomène qui vient spontanément du corps social, alors que ces règles sont énoncées par une autorité, spécialement désignées pour cela.

B – Les sources publiques, les sources étatiques

Toutes ces règles qui sont issues d'autorités publiques et qui sont édictées sur le modèle de la loi. Ce sont les actes réglementaires émanant des collectivités territoriales.

1 – Les administrations

Décrets, arrêtés, circulaires

2 – Les actes des collectivités territoriales

Arrêtés, décisions ou circulaires. Les collectivités territoriales : conseil municipal, conseil régional, ...

3 – Les actes émanant des autorités administratives indépendantes : AAI

Pour réguler certaines pratiques professionnelles sur certains marchés déterminés, l'État n'a plus souhaité intervenir directement au moyen de ses administrations. Pour réguler le marché bancaire, l'État avait ses inspecteurs, destinés au contrôle de l'activité bancaire. Ce mode de contrôle : coût lourd et impact d'une efficacité variable. Impact faible car les contrôleurs ne st pas formés. L'État a donc crée des organismes spéciaux, associant des représentants du service concerné et des personnes qui viennent du marché. Ce mode de contrôle délégué et souple, dit la régulation, a été confié à des organismes aussi divers qu'il y a de marché. Cette régulation pt sanctionner les personnes ou entreprises ne fonctionnant pas selon les règles. Elle édicte des textes : règlements.

Ces faiseurs de règles se sont multipliés au fur et à mesure que le rôle de la loi parlementaire a décliné.

LE DECLIN DE LA LOI ETATIQUE

I – La méconnaissance de la loi

Les lois sont devenues si nombreuses qu'elles sont méconnues.

A – Phénomène de l'inflation législative

Au fur et à mesure que la société est devenue plus complexe, le rôle de l'État s'est accru. De ce fait, les règles se st multipliées. Inflation législative : Augmentation du nombre de lois, multiplication considérable du nombre de règlements. Inflation renforcée par la source européenne. Augmentation aussi de la longueur des textes.

Problème aussi qualitatif : texte rédigé de manière peu technique et peu précise. En conséquence, leur application est difficile, et ils sont sans cesse réformés : ce qui renforce le phénomène d'inflation.

B – Les conséquences

L'inflation législative produit une certaine ineffectivité de la législation. C'est-à-dire que le nombre de lois, règles devenant trop important, et ces règles en plus changeant sans cesse et étant peu compréhensibles, on a tendance a en tenir peu compte auj. « Quand le droit bavarde, on ne le l'écoute plus. » Phénomène d'insécurité juridique : l'individu ne sait plus que faire pour être en règle.

C – Les causes du phénomène

1 – Les causes techniques

La bureaucratie : phénomène sociologique. Des non-spécialistes de la bureaucratie se mettent à produire des normes : beaucoup, mal faites, ... recréent des lois pour modifier les précédentes ...Bureaucratie : pouvoir des bureaux, le pouvoir de création de la norme est passé de l'autorité étatique à la bureaucratie. DDO : lois de correction des erreurs des lois précédentes.

2 – Les causes étatiques

Phénomène culturel qui correspond à un changement dans la conception que les pouvoirs publics se sont fait de la loi. On fonctionne assez généralement sur l'idée de la conception de la loi à la Portalis : loi brève compréhensible de tous, abstraite, bien réfléchie, et qui exprime des règles de vie relativement intangibles. Au fur et à mesure que l'État providence s'est développé au cours du XX^{ème} siècle, la fonction d'intervention de l'État, fonction instrumentaire de la loi s'est accru. Au fur et à mesure, l'État est intervenu dans divers domaines de la vie sociale, et au fur et à mesure que le pouvoir politique s'est senti la mission de faire évoluer la vie sociale et de diriger les différents secteurs, l'instrument employé pour se faire a été la loi. La loi a été l'outil d'expression de la mise en œuvre d'une politique publique. La loi est devenue un moyen d'intervention de l'état : il est normal que les lois se soient alors multipliées. Il est aussi devenu normal que la loi change sans cesse. Dans une conception classique, on parlait de la sainteté des lois : « il ne faut toucher que d'une main tremblante » : Modification radicale.

II – Les remèdes à la méconnaissance des lois

A – Le remède classique

Ce remède a consisté tout simplement à ignorer le problème, et à dire à l'individu, dans la mesure où il savait lire, de se renseigner par lui-même : La charge de remédier au problème d'inflation législative basculer sur le citoyen : « Nul n'est censé ignorer la loi », « Nemo Censetur legem ignorare. »

1 – Les fondements apparents

Nul n'est censé ignorer la loi car tout le monde peut connaître la loi. La justification de ce principe réside dans le fait que les lois soient publiées, elles sont donc accessibles. C'est aussi l'un des raisons pour que les lois soient écrites en français.

A partir de là, il ne dépend qu'à chacun de connaître la loi.

Bien entendu, cette explication est irréaliste. En réalité, si on affirme depuis des années cet adage, ce n'est tant qu'elle est connaissable, mais qu'on ne peut faire autrement.

2 – Les fondements réels

Un citoyen ne peut pas prétendre échapper à l'application d'une règle de droit au motif qu'il ne la connaissait pas. Le cas contraire serait une prime à l'ignorance. Ce qui le justifie également : caractère anodin du principe. La société française reposait sur un socle de mœurs : on peut déduire facilement les comportements à suivre. Ce sont les modes de transmissions de ce socle là qui se sont diversifiés. A partir de là, la loi ne l'a plus relayé. La capacité de deviner ce qu'il faut faire ou non s'est amoindrie.

B – Les remèdes contemporains

C'est pour remédier aux problèmes dits, qu'on a cherché d'autres remèdes à cette inéluctable méconnaissance.

1 – L'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi

Le Conseil Constitutionnel l'a repris à son compte, en faisant que la clarté et l'intelligibilité de la loi soient un objectif constitutionnel : Art 6 Constitution. Par une décision du 12 janvier 2002, relative à la loi d'organisation sociale, le CC a élevé la clarté de la loi au rang de principe de constitutionnel. Certains pays ont écarté des lois qui n'étaient pas assez claires.

2 – Les codes et les banques de données

La multiplication des textes a conduit à une codification, vers 1980.

- Les codes : au cours des années 80, on a fait des codes-compilations. C'est-à-dire qu'il n'y avait pas forcément de cohérence : on collecte tous les textes récoltés pour les codifier ensemble, mais sans les réformer. On les rassemble à droit constant. La codification des années 2000 n'a été que codes de compilations : successions des codes.
- Les banques de données : sites Internet où sont mis en lignes les textes européens et nationaux.

CHAPITRE 2 : LA JURISPRUDENCE

Désolé, ce chapitre nous fait défaut.

Si vous disposez de ce chapitre, nous serions très reconnaissants si vous pouviez nous le faire parvenir...

(Et même les autres chapitres, si éventuellement il en manquait d'autres !)

contact@cours-univ.fr