

Introduction à l'étude du droit et droit civil

Table des matières

Table des matières	2
Chapitre 1 Définition du droit	8
A. Il n'y a pas de droit sans société	8
B. Il n'y a pas de société sans droit.....	8
§1 : <i>Distinction entre droit et morale</i>	9
A. Distinction quant aux sources	9
B. Distinction quant à l'objet.....	9
C. Distinction quant à l'objectif.....	9
D. Distinction quant aux sanctions	10
§2 : <i>Distinction entre droit et religion</i>	10
§3 : <i>Distinction entre droit et comportements sociaux</i>	11
A. Le droit absent des comportements sociaux	11
B. L'honneur saisi par le droit	11
C. Les mœurs saisies par le droit	11
§4 : <i>Distinction entre droit et équité</i>	11
A. Le droit plus fort que l'équité	11
B. Le droit faisant appel à l'équité.....	12
§5 : <i>Droit et logique</i>	13
A. Le syllogisme judiciaire.....	13
B. L'argument a pari.....	13
C. L'argument a fortiori.....	14
D. L'argument a contrario	14
E. L'interprétation stricte des exceptions.....	14
§6 : <i>Notion d'obligations naturelles</i>	14
A. Distinction entre obligations civiles et obligations naturelles.....	14
B. Régime des obligations naturelles.....	15
§7 : <i>Distinction entre droit objectif et droits subjectifs</i>	15
A. Droit objectif : la notion d'ordonnement juridique	15
B. Droits subjectifs : prérogatives et intérêts individuels	15
Chapitre 2 Le droit objectif ; historique du droit civil	17
§1 : <i>Définition du droit objectif</i>	17
A. Les caractères de la règle de droit.....	17
1. Le caractère général et impersonnel de la règle de droit.....	17
2. Le caractère extérieur de la règle de droit.....	17
3. Le caractère coercitif de la règle de droit.....	18
§2 : <i>Les différentes branches du droit</i>	19
A. Le droit public.....	19
1. Le droit constitutionnel	19
2. Le droit administratif	19
3. Les libertés publiques	19
4. Le droit des finances publiques.....	19
5. Le droit international public.....	20
B. Le droit privé.....	20
1. Le Droit civil.....	20
2. Le Droit commercial	20
3. Le Droit judiciaire privé.....	20
4. Le Droit du travail et de la Sécurité sociale	20
5. Le Droit pénal et la procédure pénale	20
6. Le Droit international privé	21

§3 : <i>Historique du droit civil</i>	21
A. L'ancien droit	21
B. Le droit intermédiaire	23
C. Le droit issu du Code civil de 1804	23
D. Les évolutions du Code civil depuis 1804	25
Chapitre 3 Les sources du droit : Les conventions internationales et la Constitution	27
§1 : <i>Les sources internationales</i>	27
A. Les conventions internationales	27
1. Mode d'élaboration des traités	27
2. Exemples de traités	28
a. Les Pactes internationaux des droits de l'homme	28
b. La Convention européenne des droits de l'homme	28
c. La Convention de New York relative aux droits de l'enfant	29
B. Le droit communautaire	29
1. Le droit institutionnel	30
a. Les traités successifs	30
b. Les institutions communautaires	31
2. Le droit dérivé	33
a. Les règlements	33
b. Les directives	33
C. L'autorité des conventions internationales	33
§2 : <i>La Constitution</i>	34
A. Le bloc de constitutionnalité	34
1. Préambule et articles de la Constitution	34
2. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	35
3. Charte de l'environnement	35
4. Principes reconnus par les lois de la République	35
5. Principes particulièrement nécessaires à notre temps	35
B. Le rôle du Conseil Constitutionnel	35
Chapitre 4 Les sources du droit La loi, les règlements, les coutumes, la jurisprudence, la doctrine	37
§1 : <i>La loi</i>	37
A. Domaine d'intervention de la loi	37
B. L'entrée en vigueur de la loi	38
1. La promulgation	39
2. La publication	39
C. Nul n'est censé ignorer la loi	40
1. Le principe	40
2. les exceptions : les erreurs de droit	40
D. Distinction entre lois impératives et lois supplétives	41
E. L'abrogation de la loi	41
§2 : <i>Les règlements administratifs</i>	42
1. Les ordonnances du président de la République	42
2. Les décisions du président de la République	43
3. Les décrets autonomes du premier ministre	43
4. Les décrets d'application pris par le premier ministre	43
5. Les arrêtés	43
6. Les circulaires et instructions administratives	43
§3 : <i>Les coutumes</i>	44
A. Les éléments constitutifs de la coutume	44
1. L'élément matériel : une pratique collective et répétée	44
2. L'élément moral : la conviction de se conformer au droit	44
B. Les rapports de la coutume et de la loi	44
1. La coutume s'appliquant en vertu de la loi : la coutume <i>secundum legem</i>	44
2. La coutume s'appliquant pour combler les lacunes de la loi : la coutume <i>praeter legem</i>	44
3. La coutume s'appliquant en réaction à la loi : la coutume <i>contra legem</i>	45
§4 : <i>La jurisprudence</i>	45
A. La formation de la jurisprudence	45

B. La place de la jurisprudence dans la hiérarchie des sources du droit	45
1. Fonction d'interprétation de la loi	46
2. Fonction de suppléance de la loi	46
3. Fonction d'adaptation de la loi	46
§5 : La doctrine	46
Chapitre 5 L'organisation juridictionnelle	48
§1 : L'ordre judiciaire	48
A. Les juridictions du fond	48
1. Les juridictions civiles	48
a. Les juridictions du premier degré	48
b. Les cours d'appel	50
2. Les juridictions pénales	51
a. Le tribunal de police	51
b. Le tribunal correctionnel	51
c. La Cour d'assises	51
d. Le juge d'instruction	51
B. La Cour de cassation	52
1. Le rôle	52
2. L'organisation	52
C. Le personnel judiciaire	52
1. Les magistrats du siège	53
2. Les magistrats du parquet	53
§2 : Les juridictions de l'ordre administratif	54
A. Les tribunaux administratifs	54
B. Les cours administratives	54
C. Le Conseil d'Etat	55
1. Organisation	55
2. Fonctions	55
a. Fonction contentieuse	55
b. Fonction administrative	55
§3 : Le tribunal des conflits	55
§4 : Les décisions juridictionnelles	56
A. Structure des décisions juridictionnelles	56
1. Motifs et dispositifs	56
2. Arrêts de rejet et arrêts de cassation	56
B. L'autorité relative de la chose jugée	57
1. L'identité d'objet	57
2. L'identité de la cause	58
3. L'identité entre les parties	58
Chapitre 6 L'application des normes dans le temps les droits subjectifs	59
§1 : L'application des normes dans le temps	59
A. La non rétroactivité de la loi nouvelle	59
1. Le principe	59
2. Les exceptions	59
a. La loi expressément rétroactive	60
b. les lois pénales « plus douces »	60
c. les lois interprétatives	60
B. L'effet immédiat de la loi nouvelle	60
1. Le principe	60
2. Les exceptions	61
a. les situations juridiques légales	61
b. La survie de la loi ancienne en matière contractuelle	61
C. La rétroactivité de la jurisprudence	61
1. La précarité naturelle de la jurisprudence	61
2. Les dangers de la rétroactivité de la jurisprudence	62
3. Les remèdes apportés à la rétroactivité	62

§2 : Les droits subjectifs	62
A. Classification des droits subjectifs.....	62
1. Les droits subjectifs patrimoniaux	63
a. Notions	63
b. Classification des droits patrimoniaux	64
2. Les droits extrapatrimoniaux	66
a. Libertés et droits fondamentaux	66
b. Les droits de la personnalité.....	66
c. Les droits de la famille	67
B. Les sources des droits subjectifs	67
1. Les actes juridiques.....	67
2. Les faits juridiques	68
Chapitre 7 Le procès	69
§1 : Les principes fondamentaux de la justice.....	69
A. La primauté de la justice publique sur la justice privée	69
B. L'égalité devant la justice et sa gratuité	69
C. La continuité du service public judiciaire	70
D. La collégialité	70
§2 : L'action en justice	71
A. La capacité	71
B. L'intérêt à agir.....	71
1. L'intérêt légitime	71
2. L'intérêt né et actuel	71
3. L'intérêt direct et personnel	71
C. La qualité	72
§3 : Les caractères de l'instance	72
A. Le principe du contradictoire	72
B. Le caractère accusatoire du procès civil.....	73
C. Le caractère écrit de la procédure	74
D. Le caractère public des débats	74
§4 : Les différentes sanctions et mesures prononcées par le juge	74
A. Les sanctions et mesures civiles	75
1. Sanctions préventives.....	75
2. Sanctions visant à obtenir l'exécution d'une obligation	75
3. Sanctions réparatrices	76
4. Les systèmes de protection	77
a. La tutelle.....	77
b. La curatelle.....	77
c. Mesure provisoire de protection de la sauvegarde de justice	78
d. Mandat de protection future	78
e. La mesure d'accompagnement social personnalisé.....	78
f. La mesure d'accompagnement judiciaire	78
B. Les sanctions pénales	78
1. Le principe de légalité des infractions et des peines	78
2. Le principe de personnalité des peines	79
C. Les sanctions administratives.....	79
Chapitre 8 La preuve des droits subjectifs.....	80
§1 : L'objet de la preuve.....	80
§2 : La charge de la preuve.....	80
A. Le principe : la preuve incombe au demandeur	80
B. Les exceptions.....	81
1. le cas particulier des procédures inquisitoires.....	81
2. Le cas particulier des présomptions	81
§3 : Le risque de la preuve	82
A. Le cas particulier du droit pénal.....	83
B. Le cas particulier du droit du travail	83

§4 : Les différents modes de preuve.....	83
A. La preuve par écrit : la preuve littérale	83
1. Les actes authentiques.....	83
a. Définition : exigence de formalités	83
b. Force probante : ils font foi jusqu'à inscription de faux.....	84
2. Les actes sous seing privé	84
a. Définition : exigence de formalités	84
b. Les cas particuliers : les contrats synallagmatiques et les promesses unilatérales de sommes d'argent	84
c. Force probante : ils font foi jusqu'à preuve du contraire.....	85
3. La preuve électronique.....	86
B. La preuve par témoignage : la preuve testimoniale.....	86
C. La preuve par présomption	86
D. L'aveu.....	87
1. L'aveu judiciaire	87
2. L'aveu extrajudiciaire	87
E. Le serment.....	87
§5 : L'admissibilité des modes de preuve.....	88
A. La preuve des faits juridiques	88
B. La preuve des actes juridiques	88
1. Le principe	88
2. Les exceptions.....	88
Chapitre 9 La personnalité juridique	90
§1 : La personne physique.....	90
A. L'existence de la personne physique	90
1. La naissance : l'enfant né vivant et viable	90
2. La mort.....	91
3. L'absence, la disparition	91
B. L'identification de la personne physique	91
1. Le nom	91
a. Nature du nom	91
b. Composition du nom : le nom de famille et le prénom	92
c. Immutabilité du nom	92
d. Imprescriptibilité du nom.....	93
e. Modes de protection du nom : l'usurpation du nom ; l'utilisation abusive du nom à des fins artistiques ou littéraires , à des fins commerciales et publicitaires.....	93
2. Le domicile	94
a. Le principe du libre choix du domicile : le lieu « principal d'établissement ».....	94
b. L'unicité du domicile	94
c. L'élection de domicile.....	95
d. La théorie des « gares principales »	95
3. Le sexe	95
a. Immutabilité du sexe	95
b. L'exception : le phénomène du transsexualisme saisi par le droit	95
§2 : La personne morale.....	96
A. La notion de personne morale.....	96
1. Théorie de la fiction des personnes morales	96
2. Théorie de la négation des personnes morales	96
3. Théorie de la réalité des personnes	97
B Les classifications des personnes morales	97
1. Les personnes morales de droit public.....	97
2. Les personnes morales de droit privé.....	97
a. Les groupements de personnes.....	97
b. Les groupements de biens	98
C. Régime juridique des personnes morales	99
1. La naissance : immatriculation, déclaration.....	99
2. La disparition : liquidation, dévolution des biens	99
Chapitre 10 Les droits de la personnalité.....	100

§1 : <i>Le droit au respect de la vie privée</i>	100
A. Définition de la vie privée et domaine de protection	100
B. Tempéraments à la protection de la vie privée.....	101
C. Modes de protection.....	102
§2 : <i>Le droit à l'image</i>	102
A. Nature du droit à l'image	102
B. Tempéraments au droit à l'image.....	103
§3 : <i>Le droit à la voix</i>	104
§4 : <i>Le droit au secret des correspondances</i>	104
§5 : <i>Le droit à l'honneur et à la considération</i>	105
§6 : <i>Le droit à la dignité</i>	105
A. Fondements du droit à la dignité.....	106
B. Définition du droit à la dignité	107
§7 : <i>Le droit au respect des croyances religieuses et philosophiques</i>	107
§8 : <i>Le droit à l'inviolabilité du domicile</i>	107
§9 : <i>Le droit à la présomption d'innocence</i>	108
A. Définition.....	108
B. Les modes de protection	109

Chapitre 1

Définition du droit

Le droit peut être défini selon le vocabulaire juridique classique comme un ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'impose aux membres de la société.

Ainsi le droit est constitué de règles de nature juridique, c'est-à-dire d'actes de volonté destinés à produire des effets contraignants sur autrui. A ce titre, il concerne les individus d'une société comme l'affirme un adage ancien exprimé en latin : « ubi societas, ibi jus ; ibi societas, ubi jus ». Cela veut dire : « il n'y a pas de société sans droit ; il n'y a pas de droit sans société ». Nous allons maintenant montrer ce que signifient ces deux propositions.

A. Il n'y a pas de droit sans société

- Le phénomène juridique ne se conçoit pas en l'absence d'une société. Ainsi Robinson ne connaissait pas de relation juridique avant l'arrivée de Vendredi. Le droit, en effet, contribue à instaurer et à entretenir un lien social entre les individus. En ce sens, le droit est porteur d'un ordre à la fois social et juridique. Il offre des techniques par lesquelles les individus vont s'organiser. Les théories du contrat social et leur traduction permettent de le rappeler. Platon lui-même avait déjà exprimé cette finalité politique du droit. Voilà ce qu'il disait : « Edifions en théorie une cité dont nous nous supposerons les fondateurs ». La justification dernière du droit n'a donc pas de raison d'être en dehors de s'offrir à nous, de nous servir. Le droit est fait pour nous, est fait pour les individus.

- La question se pose alors de savoir si l'Etat apparaît nécessairement comme une forme juridique essentielle de l'organisation des sociétés humaines.

- Certains auteurs disent que l'Etat aurait le monopole du droit, qu'il n'y aurait donc pas de droit en dehors de l'Etat. Plus exactement, tout ce qui est juridique devrait alors avoir une origine étatique.

- Aujourd'hui, on sait que l'affirmation est excessive. Certaines règles ne naissent pas de l'Etat. Il y a des règles qui se créent sans l'intervention au moins directe de l'Etat telles que la coutume, les usages, les conventions collectives qui sont sans doute des règles mais des règles d'origine professionnelle. En d'autres termes, des individus, des groupes sociaux s'organisent juridiquement à côté des Etats, parfois même contre les Etats comme dans le cadre d'une révolution.

B. Il n'y a pas de société sans droit

- -Le phénomène juridique apparaît, en effet, avec la société. En d'autres termes, dès que les hommes s'organisent, il devient nécessaire de régir leurs rapports et d'arbitrer leurs différends.

Le droit alors se manifeste à travers ce que l'on appelle un ordre juridique, le plus souvent un ordre juridique étatique. Il convient ici de préciser que ces ordres juridiques ne sont pas toujours organisés à l'identique. La forme centralisatrice et unitaire de l'Etat français n'est pas celle des fédérations d'Etats comme celles qui existent aux Etats-Unis ou en Allemagne.

- Il existe aussi des ordres juridiques plus larges que l'Etat : en témoigne l'ordre juridique communautaire formé à partir des Etats membres de l'Union européenne. Certains auteurs appellent même de leurs vœux la création d'un ordre juridique mondial qui serait

destiné à régir les relations sociales de l'ensemble des êtres humains. Ces aspirations qui recoupent le projet d'un droit commun universel ne sont pas nouvelles ; elles n'ont aujourd'hui qu'une traduction réduite, par exemple à travers l'Organisation Mondiale du Commerce, ou à travers l'institution de la Cour pénale internationale.

- Il faut aussi préciser que les conceptions du droit sont loin d'être identiques d'un pays à l'autre. C'est pourquoi l'on préfère parfois l'utilisation du terme système juridique à celui de droit pour mieux montrer qu'il existe différentes conceptions du droit d'un pays à l'autre.

Nous avons donc défini le droit ; nous avons montré sa finalité. Il reste maintenant à le distinguer d'institutions parfois voisines : la morale d'abord, mais également la religion, ou encore les comportements sociaux notamment les mœurs, enfin l'équité. Nous verrons aussi quelle logique traverse le droit. Nous verrons également qu'à côté des obligations purement juridiques, il existe des obligations naturelles. Enfin, le droit se décompose en un droit objectif et en une multitude de droits subjectifs.

§1 : Distinction entre droit et morale

Il existe de nombreuses règles de droit empruntées à la morale et l'on pourrait penser que le droit n'est que la traduction de la morale, le relais de la morale, et permettrait de la consolider en l'accompagnant de sanctions juridiques. Inversement, l'on pourrait aussi penser qu'en influençant les mœurs, le droit rejaillit sur la morale. Pourtant, à l'évidence, il s'agit bien de règles différentes.

A. Distinction quant aux sources

La morale se distingue d'abord du droit par ses sources.

- La morale résulte le plus souvent de la révélation divine : tel est le cas de la morale judéo-chrétienne ; mais elle peut aussi résulter de la conscience, parfois de la science.

- En revanche, les règles de droit sont édictées par des autorités institutionnelles selon des voies qui sont étroitement réglementées.

B. Distinction quant à l'objet

Par ailleurs, la morale a un objet distinct de celui de la règle de droit.

- La morale se préoccupe non seulement des devoirs entre les hommes, mais également des devoirs que l'homme s'impose à lui-même. Le domaine de la morale apparaît donc plus large.

- A l'inverse le droit est parfois de nature à choquer la morale, même si le plus souvent et en principe, le droit reste moralement neutre. On peut ainsi être surpris de savoir qu'un voleur devient propriétaire de la chose volée après 30 ans de possession.

C. Distinction quant à l'objectif

- -Il faut également noter que l'objectif poursuivi par la morale est plus exigeant. La morale tend à la perfection, elle encourage la charité, la solidarité, le dépassement de soi

- -Le droit ne se préoccupe que de maintenir la sécurité, l'ordre et la paix sociale. Ainsi on peut vouloir intérieurement la mort de son voisin ; cette pensée ne sera pas sanctionnée par le droit, l'important ici est de ne jamais passer à l'acte.

D. Distinction quant aux sanctions

Les sanctions de la morale et du droit sont différentes.

- Les violations de la morale intéressent, en effet, la conscience humaine en faisant naître un sentiment de culpabilité.

- En revanche, la violation du droit appelle une réaction externe, une réaction étatique, celle des pouvoirs publics. A ce titre, le droit n'est pas la morale même s'il s'en nourrit et nous tiendrons un discours comparable quant à la distinction entre droit et religion.

§2 : Distinction entre droit et religion

Dans certaines sociétés, droit et religion peuvent être mêlés, là notamment où il existe une religion d'État.

- En droit français, on peut dire aujourd'hui qu'il existe, à travers la consécration du principe de laïcité, une rupture effective consommée entre le droit et la religion. Mais cela ne signifie nullement que la liberté de conscience et de religion est niée. Au contraire, la séparation de l'espace religieux et de l'espace politique a été le ciment de la liberté des croyances.

- Le principe de laïcité ne signifie pas, toutefois, que la religion n'a pas inspiré notre droit. De nombreux préceptes religieux s'y retrouvent, tels que l'interdiction du vol ou l'interdiction de tuer. Mais à l'inverse, d'autres préceptes religieux ont été rejetés. Ainsi, il existe une contradiction entre la légitime défense et le comportement dicté par l'Évangile consistant à tendre l'autre joue en cas d'agression. De même, l'interruption volontaire de grossesse peut être considérée par certains comme une atteinte directe au caractère sacré de la vie. L'influence qu'exerce la religion sur le droit est donc affaire de variations. Cette influence est comparable, au moins en partie, à celle de la morale sur le droit.

- Constatant une alliance réelle et nécessaire entre le droit civil, la morale et la religion, des auteurs anciens, Messieurs Toullier et Duverger, enseignaient que la paix et l'ordre des sociétés ne trouveraient point une garantie suffisante dans les principes de la législation humaine si ces principes n'étaient protégés par l'influence salutaire de la religion. Selon ces mêmes auteurs, les lois civiles seules seraient insuffisantes pour régler la conduite de l'homme si leur action n'était aidée, dirigée et suppléée par la religion. Ces mêmes auteurs poursuivent que la morale et la religion seraient presque impuissantes pour assurer la paix de la société sans le secours des lois civiles. Ces lois n'ont point d'emprise sur les consciences disent-ils. Leur grand objet est la paix plutôt que la vertu.

- Aujourd'hui, on souscrit largement à ces propos formulés peu de temps après l'adoption du Code civil. Mais si la règle juridique se nourrit parfois de la règle religieuse, on peut difficilement affirmer aujourd'hui qu'elle la soutient.

§3 : Distinction entre droit et comportements sociaux

Le droit correspond-il aux comportements sociaux ?

A. Le droit absent des comportements sociaux

- Il existe des relations étroites et nombreuses entre les données sociales et les règles juridiques. Les unes influencent les autres. Ainsi la reconnaissance sociale de l'homosexualité s'est accompagnée d'un changement de droit fondamental : la reconnaissance du couple homosexuel par le PACS.

- Mais parfois, c'est l'inverse qui se produit : par exemple, on a voulu modifier les comportements sociaux en favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives. C'était, en effet, l'objectif affiché de la Loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes. Et par ce texte on a voulu précipiter les mœurs, les orienter.

- Quoi qu'il en soit, on constate que le droit se distingue nettement des comportements sociaux. Il existe, en effet, de nombreuses contraintes qui restent de nature non juridique. Tel est le cas des usages de bienséance, des règles d'éducation et de politesse, auxquels nous sommes habitués à nous conformer. Tel peut être le cas également des techniques du travail, des précautions d'hygiène, des règles du langage, de la grammaire.

B. L'honneur saisi par le droit

Tel peut être aussi le cas des règles d'honneur. Mais s'agissant de l'honneur, il existe toutefois une ressemblance avec le droit qui ne peut être nié. On trouve en effet en droit des sanctions à l'atteinte à l'honneur, spécialement au titre de la diffamation par voie de presse. L'honneur apparaît autant comme une question de comportement social qu'une question de droit.

C. Les mœurs saisies par le droit

Quant aux mœurs proprement dites, on pourrait penser qu'elles sont étrangères au droit. Mais en réalité les mœurs sont protégées par le droit : en témoigne l'article 6 du Code civil qui, depuis 1804, interdit de déroger par convention aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Ces bonnes mœurs sont également visées par des textes de droit pénal. Il y a d'abord les infractions constituées des outrages aux bonnes mœurs et des attentats aux mœurs. Le Code pénal a par ailleurs puni, à l'article 225-1, toute discrimination fondée sur les mœurs. L'esprit de cette règle, que l'on retrouve à l'article L1132-1 du Code du travail, est nouveau et marque une libéralisation des mœurs. On doit respecter les mœurs de chacun, celles-ci étant finalement très différentes d'un individu à l'autre et on remarquera que l'adjectif « bonnes » a disparu.

§4 : Distinction entre droit et équité

A. Le droit plus fort que l'équité

- Le droit est-il à la recherche de l'équité ? Est-il toujours équitable ? A priori, il devrait tendre vers la recherche de l'équité, celle-ci étant une manière d'atteindre la justice. Mais en

réalité, le droit peut s'avérer rigide, notamment lorsqu'il n'est pas modifié malgré l'évolution économique d'un pays, malgré l'évolution de ses mœurs.

- Le juge, dans cette hypothèse, peut-il se prononcer en équité, et non plus conformément aux règles de droit ? En d'autres termes, peut-il écarter la règle de droit pour lui préférer une sanction, une solution lui paraissant plus équitable ? Notre système juridique proscrit, en principe, le recours à l'équité car il s'agit d'une notion, d'un critère trop flou, trop subjectif pour dicter une conduite. Ainsi un débiteur, même s'il a perdu son travail à la suite d'une grave maladie, et donc même s'il a perdu ses revenus, devra rembourser ses dettes. La Cour de cassation est juge du droit et prend soin, dans ses arrêts de cassation, de viser un texte. Aucune décision, même celles des juges du fond, n'est rendue au nom d'un sentiment de justice. La décision du juge doit toujours reposer sur une argumentation juridique - ce sont ce que l'on appelle les motifs de la décision - et une décision sera toujours cassée par la Cour de cassation si les motifs font défaut.

B. Le droit faisant appel à l'équité

- -Encore faut-il noter que, dans de nombreux cas, c'est la loi elle-même qui invite le juge à recourir à l'équité, et à ce titre on peut citer trois exemples célèbres qu'il faut retenir.

- Premier exemple : l'article 1135 du Code civil indique que les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Cela signifie que si un contrat reste vague sur le contenu des obligations qu'il prévoit, le juge pourra, au nom de l'équité, compléter ce contrat et dire ce que les parties doivent faire. C'est notamment sur ce fondement que le juge a pu, en 1911, ajouter aux contrats de transport une obligation de sécurité : tout transport oblige non pas seulement à déplacer une chose ou une personne, mais aussi à assurer la sécurité de cette chose ou de cette personne qui doit être intacte à l'issue du voyage.

- Deuxième exemple : on sait aussi qu'à l'issue d'un procès le juge condamne la partie perdante à payer à l'autre partie une somme d'argent qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Que sont ces dépens ? Les dépens, c'est la partie des frais engendrés par le procès tels que le droit de timbre et d'enregistrement, les vacations des experts que le gagnant peut se faire payer par le perdant. Cette somme s'ajoute aux dépens sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile. Or ce texte dispose que le juge tient compte, pour la détermination de cette somme d'argent supplémentaire, de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée.

- Troisième exemple : l'équité est au cœur de la règle issue de l'article 1244-1 du Code civil. Selon ce texte, le juge peut décider d'accorder des délais de paiement au débiteur défaillant. Il le fera au nom de l'équité.

- Par ailleurs, l'équité exerce un rôle important en matière d'arbitrage, c'est-à-dire lorsque des personnes en conflit confient à des personnes privées le soin de trancher leur litige. Cette possibilité est notamment ouverte entre commerçants, et elle peut permettre aux arbitres choisis de se prononcer dit-on en « amiables compositeurs » c'est-à-dire de se prononcer en équité.

- Il n'en reste pas moins que le recours à l'équité reste exceptionnel en droit français. Les tribunaux ne peuvent statuer en équité par principe. La question se pose alors de savoir si l'on peut désobéir aux lois considérées comme inéquitables, comme injustes, en raison par exemple de l'atteinte qu'elles porteraient au principe de la liberté individuelle. En réalité, l'individu n'est pas juge de sa loi qui, au préalable, a pu faire l'objet devant le Conseil constitutionnel d'un contrôle de constitutionnalité. Il y a donc lieu d'en revenir au respect du droit, comme l'enseigne d'ailleurs un adage ancien formulé en latin : « *dura lex sed lex* », et qui signifie en français « *la loi est dure mais c'est la loi* ».

•Toujours est-il que certains juristes, certains moralistes, proposent d'accepter certaines formes de résistance à la loi manifestement injuste, lorsque le mal provoqué par son application est plus fort que le mal résultant de la résistance à celle-ci. Deux types de réactions peuvent être distingués :

→ La première forme de résistance, de caractère passif, consiste à ne céder à l'injonction de la loi que sous la contrainte, en usant de procédés de protestations légaux tels que la liberté d'expression, la liberté de manifestation, de grève, et cela en vue de faire pression sur le législateur pour qu'il modifie la loi.

→ La seconde forme de résistance, cette fois-ci de caractère actif, est plus radicale; elle consiste à appliquer aux dirigeants politiques qui se rendent coupables de tyrannie leurs propres méthodes, sur le modèle de la légitime défense connue du droit pénal. Les citoyens seraient alors autorisés à renverser un pouvoir politique en raison des graves excès commis par leurs gouvernants. Mais cette forme de résistance, de réaction, est d'une utilisation très délicate, car elle laisse les individus maîtres de leur conduite en repoussant le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même. Cette forme de résistance active trouve un fondement constitutionnel dans le droit constitutionnel de résister à l'oppression, droit qui est actuellement rangé dans la catégorie des droits naturels et imprescriptibles de l'homme (article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

§5 : Droit et logique

Il nous faut maintenant poursuivre cette réflexion en distinguant droit et logique. Il faut s'assurer désormais que le droit n'est pas étranger à toute logique.

A. Le syllogisme judiciaire

La logique se retrouve d'abord dans le raisonnement juridique qui permet d'aboutir à une solution. On évoque à ce sujet le syllogisme juridique que s'efforce de mettre en œuvre le juriste, notamment le juge, et que l'étudiant appliquera dans tout cas pratique. Ce syllogisme ne diffère pas des modèles que l'on retrouve dans les autres disciplines. Il est également composé d'une mineure – il s'agit ici des faits de l'affaire – mais aussi d'une majeure - il s'agit des règles applicables aux faits – et enfin d'une conclusion résultant en l'espèce de l'application des règles aux faits constatés.

Ce schéma traverse tout raisonnement judiciaire. Il semble en apparence d'application simple, mais la réalité est tout autre surtout lorsque les faits sont incertains, ou lorsque la règle de droit est ambiguë, obscure ou absente. Pour établir les faits, les plaideurs disposent d'un corpus de règles que nous étudierons à la fin de ce cours. Quant au problème de l'imprécision du droit, il appelle lui aussi des mécanismes logiques que l'on peut regrouper en quatre catégories.

B. L'argument a pari

Première catégorie : le juge peut d'abord raisonner par analogie. Si l'on suppose une règle de droit régissant une situation, le raisonnement par analogie consistera à étendre la règle à des situations semblables. Un exemple peut être tiré du droit du travail. Il existe à l'article L2261-14 du Code du travail un dispositif permettant la survie d'une convention collective lorsque l'entreprise fait l'objet d'une restructuration, notamment lorsqu'elle est absorbée par une autre. En 1995, on s'est demandé ce qu'il devait subvenir d'une convention collective précédemment signée par un syndicat qui a disparu. La Cour de cassation a appliqué à cette

situation la règle de l'article L2261-14 qui se traduit donc par une survie au moins temporaire de la convention collective.

C. L'argument a fortiori

Deuxième catégorie de mécanisme juridique : le juge, le juriste plus généralement, peut aussi se prononcer en adoptant un argument *a fortiori*, dit également à plus forte raison. Ce raisonnement consiste à étendre une règle à un cas non prévu par l'autorité qui l'a édictée, lorsque les raisons qui la justifiaient se retrouvent précisément dans cette nouvelle hypothèse. C'est ce raisonnement qui a été adopté dans une affaire célèbre dite « Clavaud » tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 avril 1988. En l'espèce, un ouvrier de Dunlop travaillant la nuit s'était exprimé sur ses conditions de travail dans le journal *L'Humanité*. L'article n'avait pas plu à l'employeur, lequel avait décidé de se séparer de son salarié, ses propos ayant d'après l'employeur porté préjudice à l'entreprise. Dans cette affaire, le problème était de savoir si le salarié disposait de la liberté d'expression. La Cour de cassation s'est notamment fondée sur le droit d'expression directe et collective accordé dans l'entreprise pour reconnaître au salarié le droit de s'exprimer librement en dehors de l'entreprise. En d'autres termes, puisque le Code du travail reconnaît un droit d'expression dans l'entreprise, il reconnaît a fortiori ce même droit à l'extérieur de l'entreprise sauf dans les cas où il est limité par la loi.

D. L'argument a contrario

Troisième catégorie de mécanisme logique : le juriste peut aussi se prononcer au moyen d'un argument a contrario. Une règle étant subordonnée à des conditions déterminées, on en déduit au moyen de cet argument a contrario que la règle inverse est applicable lorsque ces conditions ne sont pas remplies. Partons de l'exemple tiré de l'article 6 du Code civil selon lequel on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On peut en déduire qu'il est possible de déroger par des conventions particulières aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs. Mais il ne faut pas généraliser ce type de raisonnement qui manque parfois de précision, et qui s'est révélé parfois dangereux. Ainsi pendant un temps - jusqu'en 1927 - le juge pensait que les étrangers ne pouvaient avoir de domicile en France, car il interprétait a contrario la règle de l'article 102 alinéa 1er du Code civil selon laquelle le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

E. L'interprétation stricte des exceptions

Quatrième groupe de mécanisme logique : il convient d'interpréter restrictivement les exceptions. Cette lecture des textes est, en effet, dictée par la nature même d'une exception à la règle. S'il en allait autrement, l'exception deviendrait elle-même règle ou principe, ce qui serait inexact car l'exception ne se définit que par rapport à un principe qu'elle écarte.

§6 : Notion d'obligations naturelles

Il faut maintenant faire la distinction entre droit et obligations naturelles, plus exactement distinguer au sein des obligations juridiques celles qui sont obligatoires et celles qui sont dites naturelles.

A. Distinction entre obligations civiles et obligations naturelles

- Au sein des obligations juridiques, il existe des obligations naturelles qui diffèrent des autres obligations par l'absence de sanctions en cas d'inexécution.

- Ce sont les juges qui les ont reconnues. Il s'agit d'obligations dictées par le devoir de conscience. On est ainsi tenu d'une obligation naturelle alimentaire à l'égard de son frère ou de sa sœur. On doit également une obligation naturelle de secours à l'égard de son ex-époux après le divorce. On est tenu, enfin, d'un devoir naturel de réparer le dommage que l'on a causé par son fait, même si les conditions de l'action en responsabilité ne sont pas remplies, par exemple en cas de rupture non dolosive, c'est-à-dire non fautive d'un concubinage.

B. Régime des obligations naturelles

Les effets des obligations naturelles se manifestent essentiellement de deux points de vue.

- D'abord, l'exécution d'une obligation naturelle ne peut être exigée par une action en justice. Mais le débiteur peut, toutefois, s'exécuter volontairement et deux conséquences vont en découler. L'exécution sera dans cette hypothèse valable, et personne ne pourra revenir dessus : notamment le débiteur ne pourra pas demander le remboursement de ce qu'il a versé. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'un don : c'est pourquoi on n'appliquera pas au paiement de l'obligation naturelle les règles des libéralités.

- Ensuite deuxième point : si le débiteur promet de s'exécuter, on considère tout de même que cette promesse engage civilement son auteur. Dans le cadre d'une obligation naturelle, il n'était pas obligé de le faire mais il a promis de le faire. À partir de là, le créancier pourra en exiger le paiement en justice.

§7 : Distinction entre droit objectif et droits subjectifs

Il nous faut maintenant distinguer au sein des obligations celles qui relèvent du droit objectif et celles qui sont à l'origine de droits subjectifs.

A. Droit objectif : la notion d'ordonnement juridique

Les règles de droit contribuent à l'instauration d'un système juridique, on dit également d'un ordonnement juridique. On évoque ainsi la notion de droit objectif. A travers cette notion de droit objectif, on privilégie l'étude de la règle de droit qui s'impose aux hommes, mais on fait abstraction des personnes auxquelles ces règles vont s'appliquer.

B. Droits subjectifs : prérogatives et intérêts individuels

Si l'on s'intéresse maintenant aux droits que les membres de la société vont mettre en œuvre, on se tourne vers une autre facette du droit que l'on nomme les droits subjectifs. Dans le système juridique, chaque personne jouit de prérogatives, de facultés qui lui sont reconnues par le droit objectif. L'homme peut ainsi satisfaire ses intérêts en achetant, en exerçant des prérogatives individuelles. Par exemple, il peut se marier et devenir propriétaire d'un bien. Ces prérogatives qui lui appartiennent en propre prennent le nom de droits subjectifs.

⇒ La notion de droit renvoie ainsi à deux éléments qui ne sont que les deux revers de la même médaille. La notion de droit renvoie d'abord au droit objectif, ensuite aux droits

subjectifs lesquels doivent s'exercer dans le respect des règles de droit. Ainsi la loi consacre la liberté d'agir en justice et tout individu est libre ou non d'agir en justice. Cette liberté est donc consacrée par le droit objectif : il s'agit d'une règle de droit objectif. Mais vous pouvez aussi exercer concrètement une action en justice : la personne est alors titulaire non plus d'un droit d'agir, mais d'une action en justice.

Cette introduction étant désormais achevée, l'objet de ce cours sera d'étudier le droit civil, c'est-à-dire le droit qui régit les rapports entre les particuliers. Il s'agit d'un droit essentiel car il est dit « droit commun » : autrement dit les règles de droit civil vont s'appliquer en l'absence de règles spécifiques applicables à certaines personnes, en raison par exemple de leur profession. Plus concrètement, et s'il faut prendre un exemple précis, on peut dire que les relations entre commerçants sont régies par le droit commercial, mais si un commerçant traite avec un particulier on reviendra à l'application du droit civil, c'est-à-dire du droit commun. De même, si les règles de droit commercial doivent en principe s'appliquer entre commerçants, il est possible qu'elles soient incomplètes ou obscures. Le droit commun que nous allons maintenant étudier pourra nous aider à régler cette difficulté.

Chapitre 2

Le droit objectif ; historique du droit civil

§1 : Définition du droit objectif

- Notion de droit objectif : le droit objectif est l'ensemble des règles qui régissent la conduite des hommes dans la société ; il s'agit de règles de droit dont la finalité est de dire à l'homme ce qu'il peut faire, ou ce qu'il ne peut pas faire.

- L'étude du droit objectif conduit à se poser essentiellement trois questions.

- La première : le droit objectif étant un ensemble de règles de droit, il va falloir définir cette règle de droit. Nous serons donc amenés à cerner ses caractéristiques.

- Deuxième question : d'où viennent-elles ? Le droit objectif s'exprime à travers des règles de sources différentes. Nous verrons donc les différentes sources de règles en fonction de leur origine et de leur portée.

- Troisième question : Comment s'organisent-elles ? Nous verrons ainsi qu'elles se regroupent au sein d'entités pour constituer des blocs appelés branches du droit.

A. Les caractères de la règle de droit

Trois caractères permettent de cerner la notion de règle de droit : d'abord, son caractère général et impersonnel ; en outre, la règle de droit est extérieure à l'individu qui la reçoit ; enfin, troisième caractère, la règle de droit est de nature coercitive.

1. Le caractère général et impersonnel de la règle de droit

- La règle de droit concerne chacun mais ne désigne personne en particulier. Elle est tout d'abord générale en ce qu'elle s'applique, en principe, sur tout le territoire français et pour tout les faits qui s'y produisent. On dit de la règle de droit qu'elle est générale dans l'espace.

- Elle est, en outre, impersonnelle. Elle est commune à tous. Ce qui veut dire qu'elle n'est pas faite pour régir un cas particulier. La règle de droit vaut pour tous ceux qui se trouvent ou se trouveront dans une situation objectivement définie. Elle a ainsi un caractère abstrait, car elle détermine la conduite à tenir par le sujet de droit si la situation qu'elle décrit se présente.

2. Le caractère extérieur de la règle de droit

- L'organisation de la vie en société nécessite l'existence de règles de droit qui s'imposeront aux individus. En effet, la règle de droit ne peut être une contrainte choisie. L'homme étant surtout guidé par ses intérêts personnels, il n'est pas concevable de le laisser établir ses propres règles. La règle donc émane d'une source extérieure qui prend en compte l'intérêt général de l'ensemble des membres de la société, non pas seulement l'intérêt de certains individus ou de certaines catégories d'individus.

- Il est vrai que l'on affirme souvent que l'homme est libre et naît libre et qu'il participe, en déléguant ses pouvoirs à des représentants, à la création de la règle de droit. Selon cette théorie la norme juridique serait le fruit de la volonté individuelle. Toutefois, cette conception n'est pas de nature à priver la règle de son caractère extérieur. Dans les régimes démocratiques, la volonté individuelle ne participe qu'indirectement au processus d'édiction des règles de droit. La norme procède davantage de la volonté collective d'un groupe social, laquelle volonté transcende, dépasse les volontés individuelles de chaque membre du groupe. Le caractère extérieur de la règle de droit est donc bien de son essence.

3. Le caractère coercitif de la règle de droit

- La règle de droit se caractérise également par sa dimension coercitive. Une règle devient règle de droit à partir du moment où elle est assortie d'une sanction étatique. L'État devenant le garant du respect de celle-ci. C'est le caractère coercitif qui permet de distinguer la règle de droit des règles religieuses, des règles de courtoisie, des préceptes moraux. Certes, des règles religieuses ou morales peuvent être assorties de sanctions telles que l'excommunication dans la religion, mais celles-ci ne sont pas sanctionnées par l'autorité étatique. La force publique est au service exclusif du droit. En d'autres termes, le droit en a le monopole.

- Toutefois, toute règle de droit n'est pas obligatoire selon la même échelle. En tant que règle de conduite humaine, la règle de droit est susceptible de degrés. On en distingue deux catégories : les règles impératives et les règles supplétives.

- Les règles de droit sont impératives lorsqu'elles ordonnent ou interdisent une conduite sans que les sujets puissent s'y soustraire par un acte de leur volonté. On dit alors que la règle de droit est d'ordre public.

- Les règles supplétives sont, à la différence, celles que les individus peuvent écarter en décidant autrement, en stipulant autre chose que ce qui est prévu par la règle de droit. Par exemple, la loi dispose que les époux seront régis par le régime matrimonial de la communauté de biens réduite aux acquêts. Mais il est possible que les époux choisissent un autre régime matrimonial et pour ce faire, ils vont établir un contrat de mariage leur permettant d'adopter le régime qui leur convient, tel qu'un régime dit de séparation de biens. En général, c'est la loi elle-même qui indique expressément ou implicitement si elle est supplétive; mais si rien n'est dit dans le texte, c'est au juge qu'il reviendra de déterminer le caractère supplétif ou impératif de la loi.

- Enfin, il ne suffit pas de dire que la règle de droit a un caractère coercitif, encore faut-il déterminer les différentes sanctions offertes au juge. Et là, la force du droit éclate dans la diversité des sanctions qu'il peut mettre en œuvre.

- Il y a, par exemple, des sanctions préventives. Ainsi, le juge va ordonner la fermeture d'un restaurant parce ce dernier ne respecte pas certaines règles sanitaires.

- Il y a aussi des sanctions répressives, notamment en droit pénal : la peine d'emprisonnement, l'amende.

- Il y a aussi des sanctions réparatrices. Le juge, par exemple, peut prononcer la nullité, c'est-à-dire l'annulation d'un contrat s'il constate qu'il est contraire à l'ordre public. Ou également le juge peut offrir une indemnisation à la victime d'un dommage.

- Mais de façon générale, il ne faut pas exagérer l'importance de la sanction, de la coercition de la règle juridique. En fait, la mise en œuvre effective des sanctions demeure un accident, une exception dans la réalisation du droit. La sanction reste virtuelle, à l'état de menace, car le plus souvent les individus respectent volontairement le droit.

⇒ Voyons maintenant comment l'on peut concrètement reconnaître une règle de droit notamment à travers un texte du Code civil, celui de l'article 1382 du Code civil. Ce texte très connu, indique : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Essayons de repérer à travers ce texte les trois caractères de la règle de droit exposés précédemment. Pour ce qui est du caractère général et impersonnel, on va pouvoir constater que la règle a un caractère abstrait. La locution « tout fait quelconque » montre que la règle est générale. En visant « l'homme », en visant « autrui », la règle montre qu'elle est impersonnelle. Cette règle vise tout homme qui se trouve dans la situation qu'elle définit. Pour ce qui est du caractère coercitif, on va se référer à la sanction prévue par ce texte : ici il s'agit du devoir de réparer. A travers cet exemple on voit bien apparaître la structure de la règle de droit : dans un premier temps elle décrit une situation, un présupposé, mais dans un deuxième temps, elle décrit le résultat ou les effets qu'il faut attendre de la situation décrite.

§2 : Les différentes branches du droit

• L'ensemble de ces règles de droit est reparti dans notre système juridique en différentes branches du droit : il en existe deux principales.

→ La première branche du droit est celle du droit public. Cette branche regroupe les règles qui régissent l'ensemble des rapports entre l'Etat et les particuliers.

→ La seconde branche du droit est celle du droit privé. Cette branche est constituée de l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre particuliers.

• Cette division classique est souvent critiquée. On observe, en effet, que l'Etat intervient de manière plus ou moins directe dans les sphères économiques du droit privé. Une entreprise publique peut, notamment, exercer une activité économique de droit privé. A l'inverse, certaines entreprises privées sont chargées de missions de service public. Ces exemples montrent que la subdivision entre droit public et droit privé est incertaine. Mais il est vrai aussi que chacune de ces deux branches garde ses spécificités. C'est pourquoi il est préférable de les présenter successivement.

A. Le droit public

Le droit public comprend lui-même plusieurs subdivisions.

1. Le droit constitutionnel

Il y a d'abord le droit constitutionnel qui regroupe les dispositions relatives à l'organisation générale de l'Etat et aux rapports entre les organes politiques.

2. Le droit administratif

Le droit public comprend également le droit administratif, qui définit les règles concernant l'organisation des services publics et des collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les administrés.

3. Les libertés publiques

Le droit public comprend également les libertés publiques qui déterminent le contenu et le mode d'exercice des libertés données aux particuliers face à l'Etat.

4. Le droit des finances publiques

Il comprend le droit des finances publiques qui fixe l'ensemble des règles de gestion des finances de l'État et des collectivités publiques, leurs ressources, leurs dépenses, et les méthodes de tenue du budget.

5. Le droit international public

Le droit public comprend, enfin, le droit international public qui réglemente les rapports entre les différents États. Cette subdivision traite de la façon dont les relations juridiques s'établissent entre les États. Le droit international public traite également du rôle et du fonctionnement des organisations internationales.

Voilà pour le droit public auquel on oppose les règles du droit privé.

B. Le droit privé

Cette branche du droit se subdivise elle-même en plusieurs sous branches ou subdivisions.

1. Le Droit civil

- Le droit civil est le droit applicable aux rapports entre des personnes privées en l'absence de toute règle spéciale. Il s'agit donc d'une subdivision importante au sein du droit privé. C'est d'ailleurs ce droit qui fait l'objet de cet enseignement. Ce droit civil est très important car il est à la source de tout rapport entre particuliers. Plus exactement, si aucune règle spéciale ne permet de trancher un litige, le juge pourra s'inspirer du droit civil pour ébaucher une solution.

- Le droit civil regroupe : le droit des personnes, le droit des biens, le droit des obligations, le droit de la famille.

2. Le Droit commercial

Le droit privé est également composé du droit commercial qui régit l'activité commerciale et le statut des commerçants.

3. Le Droit judiciaire privé

On y compte aussi le droit judiciaire privé qui regroupe les règles relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure civile.

4. Le Droit du travail et de la Sécurité sociale

- Enfin, au sein du droit privé se trouve le droit du travail qui régit l'ensemble des relations juridiques qui sont liées au travail salarié.

- On range aussi dans le droit privé le droit de la Sécurité sociale qui traite des relations entre les assurés et les caisses de Sécurité sociale.

5. Le Droit pénal et la procédure pénale

- Quant au droit pénal, on le classe généralement dans les matières de droit privé dans la mesure où il protège la personne et les biens contre les infractions qu'il définit.

- Les particuliers disposent ainsi de la faculté de mettre en œuvre la machine judiciaire à l'encontre d'une infraction qui leur a causé un préjudice et cela par la voie d'une plainte, ou en se constituant directement partie civile devant le ministère public. Qu'est-ce que c'est que cette constitution de partie civile ? Il s'agit ici d'un acte ayant pour objet, lorsque la victime a subi un préjudice à la suite d'une infraction, de pouvoir obtenir du juge une

condamnation de l'auteur de l'infraction, condamnation à payer des dommages et intérêts en compensation des préjudices subis. De plus, la constitution de partie civile oblige le parquet à poursuivre.

6. Le Droit international privé

Dans le droit privé, on classe également, et enfin, le droit international privé. Ce droit a pour objet le règlement des relations internationales entre personnes privées et la condition des étrangers.

Voici donc pour les caractères de la règle de droit, leur répartition entre différentes branches du droit. Ces éléments de présentation et d'organisation du droit objectif vont nous amener maintenant à étudier de plus près le mode de création des règles juridiques. Mais avant d'étudier chaque source du droit, surtout pour mieux en saisir la particularité, nous allons d'abord exposer un historique de notre droit civil.

§3 : Historique du droit civil

- Avant d'aborder cet historique, il est nécessaire d'expliquer la distinction entre droit écrit et droit non écrit. Les modes de création du droit sont, en effet, de deux grands types : il y a d'un côté le droit écrit, et de l'autre le droit non écrit.

- Le droit écrit est exprimé par une autorité sociale établie à cet effet et dont la mission est de formuler par écrit des règles de caractère général. Ces règles sont, par exemple, des lois, des règlements, des ordonnances. Elles sont élaborées et promulguées par le ou les individus ayant dans l'État ce pouvoir de commandement.

- Mais la règle de droit peut aussi émaner de personnes ou de groupes sociaux dont la mission propre n'est pas de formuler par écrit des règles générales et impersonnelles. Il en va ainsi de la coutume qui est une règle issue peu à peu des usages et des habitudes.

- A travers, ou plutôt à partir de cette distinction – droit écrit et droit non écrit -, nous allons pouvoir aborder l'étude de la création des règles sous l'ancien droit, puis nous poursuivrons sur la période du droit intermédiaire ; nous verrons également ce droit issu du Code civil, issu de cette période de codification lancée par Napoléon ; nous terminerons par les évolutions que le Code civil a connues tout au long du XIXe siècle et au XXe siècle.

A. L'ancien droit

Mais commençons d'abord par cette période dite de l'ancien droit, période antérieure à la Révolution française.

- L'ancien droit a connu la division précédemment décrite entre droit écrit et droit non écrit. La France était, en effet, séparée en deux grandes zones.

- Au nord, il y avait les coutumes proprement dites, très nombreuses, formées des traditions combinées de la Gaule et de conquérants, Francs ou Germains.

→ Les régions situées au sud de la France étaient, en revanche, principalement soumises au droit romain qui était un droit écrit. Toutefois, il est vrai que ces pays de droit écrit possédaient aussi quelques coutumes, le plus souvent des coutumes locales.

→ L'inconvénient du droit coutumier est qu'il implique une fragmentation du droit, celui-ci variant d'une province à l'autre, voire d'une ville à l'autre. La coutume présente également l'inconvénient d'être source d'incertitudes. Elle a souvent des contours imprécis. C'est pourquoi on réclama la rédaction des coutumes, et les Etats généraux obtinrent de Charles VII l'ordonnance de 1453 dite « Ordonnance de Montils-lès-Tours » qui prescrivit la rédaction officielle des coutumes de France. Cette rédaction se fit surtout au XVI^e siècle avec comme exemple de coutume célèbre la coutume de Paris en 1510. Ce phénomène de rédaction eut pour effet de transformer la coutume en loi.

• A côté du droit romain et des coutumes, caractéristiques de l'ancien droit français, il y avait aussi d'autres sources du droit marquant, pour leur part, une tendance vers l'unification du droit.

→ Il y avait notamment le droit canonique constitué principalement des règles issues des décisions des conciles et des papes. Sous l'Ancien Régime, la religion catholique était, en effet, une religion d'Etat ; elle avait une grande influence sur les mœurs et sur les règles coutumières, notamment, dans certaines matières comme celle du mariage.

→ Autre source du droit, les ordonnances royales : le roi les promulguait en vertu de son pouvoir souverain, et pour être applicables ces ordonnances devaient être enregistrées par les parlements. On peut citer parmi les ordonnances les plus célèbres, celle de Colbert et celle du chancelier d'Aguesseau.

→ Parmi les sources du droit à cette époque, il faut aussi souligner l'importance de la doctrine car avant la rédaction des coutumes, il n'était pas rare que les juges et les praticiens se réfèrent aux auteurs pour connaître le contenu des coutumes. Après la rédaction des coutumes, le rôle des auteurs est resté important. Ils s'efforçaient, en effet, de remédier aux insuffisances des coutumes, par exemple en construisant des théories s'inspirant de la logique, de l'équité, du droit romain. Citons quelques auteurs marquants : au XVI^e siècle, Dumoulin et d'Argentré ; au XVII^e siècle Loisel et Daumas ; pour la période du XVIII^e siècle, Pothier.

→ Enfin, dernière source du droit marquante : la jurisprudence des Parlements. Il s'agit, en effet, d'une source importante de droit puisqu'il revenait au Parlement d'appliquer les coutumes, et ainsi d'exercer une influence unificatrice dans le phénomène de création du droit. Les Parlements rendaient également des arrêts dits de règlement, c'est-à-dire qu'ils pouvaient non seulement trancher des litiges individuels, mais également rendre des arrêts de principe qui fixaient le droit sur telle ou telle question.

• Quant au fond, l'ancien droit était, par ailleurs, très différent de celui que nous connaissons actuellement. L'ancien droit était traversé de trois grands principes que nous ne connaissons plus.

→ D'abord, ce droit était largement soumis aux conceptions religieuses et morales du christianisme. Le droit était la traduction de révélation divine. Et c'est pourquoi l'Eglise légiférait le mariage et rejetait le divorce.

→ Deuxième principe important qui traverse l'ancien droit : le système social apparaissait comme très hiérarchisé.

* Le pouvoir central était exercé par le roi au nom de Dieu avec l'aide de la Noblesse et du Clergé. Le reste de la population, soit à peu près 95 % de la population réuni au sein de ce que l'on appelle le Tiers Etat, subissait ce pouvoir.

* Au niveau de la famille, il existait également une hiérarchie très forte. L'autorité du chef de famille était consacrée par l'ancien droit, la femme étant placée sous l'autorité maritale. Le père avait toute-puissance sur ses enfants et il était, disait-on, seigneur et maître du patrimoine familial. Il était également maître du patrimoine de sa femme.

→ Troisième principe : il a trait à la domination de la fortune immobilière sur la fortune mobilière. Sous l'Ancien Régime, la terre était, en effet, source de toute richesse dans ce pays très largement agricole. C'est pourquoi on avait institué un régime protecteur pour les immeubles de telle façon à éviter sa sortie trop facile du patrimoine familial. De ce principe de prédominance de la fortune immobilière sur la fortune mobilière, il nous reste cet adage *res mobilis res vilis* – « *les choses meubles sont des choses viles* ». En fait, l'ancien droit ne se préoccupait pas des meubles.

→ Mais ces valeurs ont été bouleversées après la Révolution.

B. Le droit intermédiaire

- Il s'agit du droit établi à la Révolution et qui a duré jusqu'au Code civil de 1804. Ce droit se caractérise par un renversement des principes antérieurement admis. La rupture est marquée surtout dans le domaine du droit public et du droit constitutionnel, en matière fiscale également. A l'exclusion du maintien des tribunaux de commerce, il a été fait table rase du système judiciaire traditionnel. Le droit pénal également a été transformé. La Révolution a réalisé l'unité politique de la France par la suppression des provinces. De nouvelles collectivités territoriales furent créées : les départements, administrés par des représentants directs du pouvoir central. Les Parlements, qui autrefois étaient les tribunaux suprêmes à la tête de chaque province, ont été supprimés.

- On a alors créé un système judiciaire dont l'essentiel de la structure demeure encore aujourd'hui. En premier ressort, c'est-à-dire en première instance, il existait des tribunaux de première instance, puis ensuite des cours d'appel, et au sommet de cette structure judiciaire un tribunal de cassation qui est devenu depuis une Cour de cassation. Ce tribunal de cassation avait dès l'origine pour fonction d'assurer la soumission des juges aux lois, notamment à travers la technique de la cassation. Ce tribunal permettait ainsi d'assurer l'unité dans l'interprétation du droit sur l'ensemble du territoire.

- Autre trait marquant : la primauté des conceptions religieuses n'a plus lieu d'être. Le mariage devient de nature civile. L'état civil n'est plus tenu par la paroisse mais par la commune. Les biens du clergé sont nationalisés. À la forte hiérarchie sociale que nous avons décrite précédemment succède le principe d'égalité. Sont notamment supprimés : les institutions aristocratiques, les privilèges, les classes. Les enfants naturels obtiennent des droits comparables à ceux des enfants légitimes. Le principe de liberté trouve, enfin, de nombreuses applications : la propriété individuelle est proclamée de même que la liberté contractuelle.

- -Mais ce droit n'a pas survécu : il a laissé la place au Code civil de 1804.

C. Le droit issu du Code civil de 1804

- Pendant la Révolution est apparue la nécessité de doter la France d'un code général, applicable à tous. La Constitution de 1791 comportait même une disposition en ce sens ; elle nous dit : il serait fait un code des lois civiles communes à tout le royaume.

- C'est Cambacérès et le comité de législation qui furent chargés de préparer un projet de Code civil. En réalité quatre projets furent successivement refusés. Sous le Consulat une

commission composée de quatre magistrats présenta un cinquième projet qui fut finalement adopté après une discussion devant le Conseil d'Etat sous la présidence soit de Cambacérés soit de Bonaparte, et après une discussion devant le Tribunal. Le vote des textes fut réalisé ensuite par 36 lois correspondant aux 36 titres du Code civil. Enfin, une dernière loi réunit ces lois en un corps unique sous le nom de Code civil des français. Toutefois, sous le Premier et le Second Empire, le Code civil était appelé Code Napoléon, appellation qui a aujourd'hui disparu.

- Le succès du Code civil fut immense et ce succès n'est toujours pas démenti aujourd'hui puisque ce code est toujours en vigueur. Ce qui fit son succès, ce fut d'abord sa clarté. Il s'agit d'une œuvre de magistrats réalistes préoccupés de poser des règles claires et pratiques. C'est un code né de sagesse, mais également de modération puisque le Code civil procède d'une conciliation entre les différentes réformes nées de la Révolution. Notamment, le Code civil a permis de concilier les acquis de la Révolution avec les traditions profondes du peuple français et leurs coutumes.

- Le Code civil est inspiré d'un esprit libéral, d'un esprit individualiste, esprit déjà défendu par les philosophes du XVIIIe siècle. Il est divisé en trois livres : le premier traite du droit des personnes ; le second porte sur les biens et la propriété ; le troisième titre traite des différentes manières dont on acquiert la propriété. Mais avant ces trois livres, il existe aussi un titre préliminaire qui réunit six articles et qui traite de la publication, des effets et de l'application des lois.

- Regardons maintenant plus précisément le contenu du Code civil à cette époque.

- Concernant les rapports de la famille, la supériorité du mari est à la base de la réglementation des rapports entre époux. La femme est toujours soumise à la puissance maritale et doit obéissance à son mari. A cette époque, elle est encore incapable de faire aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari. En matière de régimes matrimoniaux, on a décidé de laisser les époux choisir leur régime. A défaut de choix contractuel, c'est le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts qui s'applique. Quant aux rapports entre parents et enfants, le Code civil régit l'établissement de la filiation légitime et admet la règle traditionnelle selon laquelle le mari est de droit le père des enfants de sa femme. L'enfant naturel est, en revanche, moins bien traité que l'enfant légitime. Le Code civil admet l'adoption en la réglementant étroitement. L'âge de la majorité est alors fixé à 21 ans : jusqu'à cet âge l'enfant reste sous le joug de la puissance paternelle. Concernant les successions le code consacre certaines solutions révolutionnaires notamment celle de l'unité de la succession, conséquence de l'unité du patrimoine. Le législateur attribue la succession aux parents par le sang en les classant en différents ordres avec une priorité pour les descendants. Le conjoint survivant n'hérite qu'à défaut de parents de sang.

- Le Code civil attache aussi une importance particulière à la propriété individuelle, la propriété collective étant ignorée. C'est l'article 544 du Code civil qui réaffirme le caractère absolu du droit de propriété, mais il prévoit aussi que l'usage de la chose peut être restreint pour le propriétaire par la loi et les règlements. A l'origine, ces restrictions devaient être exceptionnelles ; elles sont devenues très nombreuses aujourd'hui. En toute hypothèse, il existe de nombreuses dispositions à destination des immeubles dans le but de les protéger. Quant aux meubles, le code facilite leur libre circulation : le transfert de propriété se fait par la simple remise de la possession du meuble comme l'atteste l'adage intégré dans le Code civil : « *en fait de meubles, la possession vaut titre.* »

- Concernant les obligations civiles, le Code consacre cette division traditionnelle des sources des obligations en sources contractuelles et sources extra contractuelles.

- * La source classique et normale de l'obligation c'est d'abord le contrat. La personne ne peut être liée que par sa volonté à la suite d'un accord avec une autre personne, et à l'article 1134 le Code proclame la liberté contractuelle, c'est-à-dire la liberté de passer des contrats et de faire naître des obligations que les parties veulent. Mais il est

nécessaire de respecter certaines conditions de validité notamment les quatre grandes conditions suivantes. Première condition : pour contracter la personne doit être capable ; deuxième condition : elle doit consentir librement au contrat ; troisième condition : l'objet du contrat et de ses obligations doit être licite ; enfin quatrième condition : la cause du contrat doit être licite. En plus de la liberté contractuelle, le Code civil proclame la souveraineté des clauses du contrat. Celles-ci tiennent lieu de loi entre les parties, nous dit le code. Les parties doivent donc subir la loi du contrat une fois qu'il est conclu comme elles doivent subir la loi votée par le Parlement. En conséquence, le débiteur défaillant devra des dommages et intérêts, à moins que l'inexécution ne soit imputable à un cas fortuit ou un cas de force majeure. En cas d'impossibilité d'exécution, le juge ne peut que prononcer la résolution du contrat sans pouvoir le modifier, et le débiteur est responsable sur tous ses biens. A l'origine, il pouvait même être contraint par corps, c'est-à-dire qu'il pouvait être emprisonné s'il ne payait pas ses dettes. Le Code civil réglemente aussi les effets généraux des contrats et ceux des contrats spéciaux traditionnels : la vente, l'échange, le louage, le mandat, le dépôt, le prêt, la société civile, le cautionnement et la transaction. Tous ces contrats peuvent être conclus sans forme exigée à peine de nullité, et la plupart des textes sont supplétifs de volonté. Les parties peuvent en écarter par convention l'application et cela pour inventer d'autres contrats produisant d'autres effets. Par ailleurs, le contrat ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers. La règle est exprimée à l'article 1165 du Code civil : nul ne saurait en effet devenir débiteur ou créancier sans l'avoir voulu particulièrement ; on ne peut stipuler c'est-à-dire contracter pour autrui.

* A côté des contrats, le Code admet également que des obligations puissent naître sans convention : elles prennent leur source dans les faits juridiques, par exemple dans un accident. Il s'agit de délits ou de quasi-délits dits civils. Et à ce sujet, l'article 1382 du Code civil consacre la règle selon laquelle : « *tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Enfin la source des obligations se trouve aussi dans la loi et dans ce qu'il convient d'appeler les quasi-contrats tels que la gestion d'affaires.

→ Le Code civil réglemente aussi les libéralités : il s'agit d'actes juridiques particuliers qui ont pour but la transmission de biens à titre gratuit. Le Code civil en reconnaît deux catégories : il y a la donation entre vifs - contrat par lequel le donateur se dépouille de son vivant irrévocablement d'un bien au profit du donataire - mais il y a aussi le testament qui est un acte unilatéral par lequel une personne transmet tout ou partie de son patrimoine à son décès. Les règles concernant les libéralités tendent à un triple but. Il s'agit d'abord de protéger celui qui donne en assurant la liberté entière de sa volonté. Il est question aussi à travers cette réglementation de protéger sa famille contre des libéralités exagérées. Il s'agit aussi de sauvegarder de manière plus générale l'intérêt public qui ne peut être menacé par le but poursuivi par les donateurs et les testateurs.

D. Les évolutions du Code civil depuis 1804

Le Code civil continue à régir les rapports essentiels entre individus. Il a même servi de modèle pour l'élaboration de codes étrangers, notamment celui de Monaco, des Pays-Bas, de l'Espagne, du Portugal.

Mais depuis sa création, il a été remanié. Malgré ces remaniements, sa structure et sa numérotation sont restées intactes.

• Le droit des personnes a été considérablement modifié dans le sens d'une libéralisation de la famille, avec comme exemple l'adoption du Pacs - le pacte civil de solidarité - en 1999, lequel permet à deux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe d'organiser par contrat leur vie commune. La place de la femme dans la famille a également été transformée dans le sens d'une parfaite égalité entre les époux.

• On a vu aussi précédemment que le droit de propriété était magnifié dans le Code civil, il figure d'ailleurs au nombre des droits de l'homme proclamés dans la déclaration de 1789. Mais depuis, il s'est produit un recul de son caractère absolu sous l'influence de pressions multiples d'ordre politique, social et philosophique.

→ Sont notamment concernées les règles d'hygiène, les règles tenant au logement, aux transports, à la circulation, à l'urbanisme, ou à la défense nationale.

→ L'article 545 du Code civil dispose également que nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. Depuis 1804, des textes successifs ont assoupli les conditions de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Les nationalisations se sont faites assez nombreuses après 1944 et 1945. En 1980 elles avaient repris, mais depuis 1986 l'État français a procédé au mouvement inverse des privatisations.

• Le droit des contrats a été aussi profondément modifié. Le Code civil était parti de l'idée que le contrat était source de justice. Le philosophe Fouillée disait : « *qui dit contractuel dit juste* ». Mais on s'est rendu compte assez rapidement que ce contrat pouvait être source d'injustice pour les plus faibles. La législation a donc évolué. Les règles d'ordre public se sont faites plus nombreuses, par exemple en matière de droit du travail, de droit des assurances, également dans le domaine de la location. Et depuis les années 1970, c'est le droit de la consommation qui a vu le jour et qui a permis aux consommateurs d'échapper au pouvoir des vendeurs et des distributeurs.

• Enfin le droit de la responsabilité à lui-même évolué. On s'est rendu compte qu'un grand nombre d'accidents avait une cause inconnue, ce qui laissait les victimes sans réparation, notamment les travailleurs victimes d'accidents du travail. C'est ainsi qu'une loi du 9 avril 1898 a permis à l'ouvrier victime d'un accident du travail d'obtenir une indemnité au moins partielle mais sans avoir à prouver une faute de l'employeur. Et à partir de cette période presque chaque domaine de responsabilité s'est vu doté d'une loi spéciale. On peut citer la matière des accidents de la circulation : c'est une loi du 5 juillet 1985 qui a amélioré la situation des victimes d'accidents de la circulation, notamment en permettant d'accélérer les procédures d'indemnisation.

Chapitre 3

Les sources du droit :

Les conventions internationales et la Constitution

Les sources du droit : le terme source désigne les formes sous lesquelles naissent les règles de droit, en fait les différentes façons dont les règles juridiques sont établies.

- Au sommet nous avons la Constitution, puis les normes internationales, et ensuite les autres règles de droit interne qui ne peuvent aller à l'encontre des dispositions de la Constitution et des normes internationales.

- De même dans l'ordre interne et de manière générale, une norme de source inférieure ne peut aller à l'encontre des prévisions d'une norme de source supérieure.

On le constate, les sources de droit sont hiérarchisées.

Nous verrons donc successivement ces différentes sources de droit en allant des normes de source supérieure aux normes de source inférieure et nous distinguerons entre les sources internationales et les sources de droit interne.

§1 : Les sources internationales

Les sources internationales sont constituées essentiellement de conventions internationales. La France a conclu et conclut toujours des traités internationaux avec les autres pays du monde. Ces traités ont pour but d'harmoniser les rapports entre les Etats dans la mesure où il peut exister des divergences entre leurs droits nationaux. Un traité régulièrement adopté est alors intégré dans l'ordre juridique interne français.

A. Les conventions internationales

1. Mode d'élaboration des traités

Comment se forme un traité ?

- Dans la Constitution, il est établi une distinction entre deux types d'engagements internationaux de la France. Il y a d'un côté les traités qui sont négociés et ratifiés par le président de la République, et il y a d'un autre côté les accords qui, sans être négociés et ratifiés pas le président de la République, procèdent d'une approbation par le gouvernement. Cette différence dans les procédures de négociation est en réalité sans influence sur la nature juridique de l'acte.

- La procédure de ratification et d'approbation des traités doit, dans le cadre de l'article 53 de la Constitution, nécessiter l'intervention du Parlement. En réalité, très peu d'engagements internationaux échappent au contrôle parlementaire.

- En plus du contrôle parlementaire, dans certaines hypothèses, la ratification ou l'approbation des traités doit être précédée d'un référendum.

→ On en trouve un exemple à l'article 53 de la Constitution alinéa 3 qui prévoit le consentement des populations intéressées lorsqu'il est question de cession, d'échange ou d'adjonction de territoire. De telles consultations ont eu lieu par exemple en 1962 pour l'Algérie, en 1974 pour les Comores, plus récemment en 1988 et 1998 pour la Nouvelle-Calédonie.

→ A l'article 11 de la Constitution, il y a aussi la possibilité pour le président de la République de recourir au référendum dans le but d'adopter un projet de loi tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

→ A fortiori, il faut aussi passer par une révision de notre Constitution, le cas échéant par référendum, s'il est question d'adopter un traité contraire à notre Constitution. A ce sujet, il a été nécessaire de modifier la Constitution française qui, en consacrant le principe de souveraineté nationale, s'opposait à l'admission de la souveraineté européenne.

• Une fois régulièrement ratifié ou approuvé, le traité ou l'accord acquiert une autorité supérieure à celle des lois internes, et cela dès sa publication. Cette solution résulte de l'article 55 de la Constitution. Il s'agit là d'une manifestation de ce qu'on appelle le monisme français, qui consacre l'unité de notre système juridique en reposant sur l'intégration des traités et accords internationaux dans notre droit interne et qui proclame leur supériorité sur le droit national.

→ En conséquence, si la loi française est non conforme à un traité régulièrement adopté et que cette loi est antérieure au traité, le juge français doit considérer qu'elle a été abrogée par le traité. Le juge doit, en effet, abandonner, écarter la loi interne et lui préférer le traité.

→ Si la loi est postérieure au traité, le juge doit également écarter cette loi, la laisser inappliquée. Cette dernière solution résulte d'un arrêt célèbre rendu en 1975 par la Cour de cassation dit « Cafés Jacques Vabre », arrêt dans lequel la Cour de cassation a pris position en faveur d'une supériorité sans condition du traité sur la loi interne et cela qu'elle soit antérieure ou postérieure au traité. Quant au Conseil d'État, il s'est refusé pendant très longtemps à juger de la compatibilité des lois au traité. Autrefois, il effectuait une distinction entre les lois antérieures qu'il considérait abrogées si elles étaient contraires au traité, et les lois postérieures au traité qui devaient toujours l'emporter sur la Convention internationale contraire. L'arrêt Nicolo de 1989 rendu par le Conseil d'État opéra un alignement de la position de cette juridiction sur celle de la Cour de cassation. Ces deux juridictions se prononcent donc en faveur d'une supériorité sans condition du traité sur la loi interne, qu'elle soit antérieure ou postérieure à ce traité.

→ Toutefois, cette autorité supérieure du traité reste conditionnée par le principe dit de réciprocité. L'autorité du traité est, en effet, subordonnée à son application par l'autre partie.

2. Exemples de traités

Parmi les sources internationales du droit, il paraît important de connaître quelques conventions internationales.

a. Les Pactes internationaux des droits de l'homme

Parmi les plus célèbres, il faut citer d'abord les Pactes internationaux des droits de l'homme adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 et auxquels la France a adhéré tardivement en 1980. Le premier de ces pactes est relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le deuxième est relatif aux droits civils et politiques.

b. La Convention européenne des droits de l'homme

- Il y a aussi la CEDH - la Convention européenne des droits de l'homme - conclue en 1950 qui regroupe 46 Etats européens signataires.

- Son respect est assuré par une juridiction particulière : la Cour européenne des droits de l'homme, dont le siège est à Strasbourg.

→ Cette cour est compétente surtout pour trancher les litiges entre un État et un particulier sur l'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La France a été plusieurs fois condamnée et elle a dû modifier sa législation pour se conformer aux jurisprudences rendues par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi poussée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la France a dû reconnaître l'égalité entre l'enfant adultérin et les autres enfants, mais également le phénomène du transsexualisme. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont vocation à infléchir la jurisprudence des juridictions de l'État condamné.

→ Il est à noter également que les particuliers sont admis à se prévaloir devant les juridictions françaises des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais encore faut-il qu'il s'agisse de dispositions normatives qui fixent des règles à l'usage immédiat des individus, des sujets de droit. On peut citer au sein de cette Convention quelques dispositions importantes largement invoquées devant nos tribunaux. Il y a d'abord l'article 6 qui établit certains droits de bonne justice, article 6 qui établit le droit à un procès équitable et diligent et qui est lui-même à l'origine de la présomption d'innocence. Un autre article souvent invoqué est l'article 8 : il reconnaît à chacun un droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. C'est l'article 8 qui a servi pour faire reconnaître le phénomène du transsexualisme ; c'est également lui qui a permis de ne pas faire jouer une clause de changement de domicile imposé à un salarié.

c. La Convention de New York relative aux droits de l'enfant

- Il existe également des conventions internationales qui concernent les particuliers mais surtout les Etats qui les signent.

- Elles ne peuvent pas toujours être invoquées directement par les justiciables devant leurs tribunaux internes. Tel a été le cas en particulier de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant dont la plupart des dispositions s'adressent ouvertement aux seuls Etats signataires. Dans cette convention on trouve, en effet, de nombreuses formules telles que : « les Etats parties s'engagent », « les Etats parties veillent », « les Etats parties reconnaissent ». Et pendant longtemps on a considéré que ces locutions n'étaient pas à l'origine de dispositions constitutives de droit telles que celles que les particuliers pouvaient directement invoquer devant leur juge. Mais cette position a fait l'objet d'un revirement, en particulier pour ce qui est de l'article 3.1 de la Convention de New York. En mettant un terme à la jurisprudence dite « Le Jeune », la Cour de cassation a accepté l'applicabilité directe de la Convention de New York. L'article 3.1 de cette Convention, qui renvoie à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, peut désormais être directement invoqué devant les tribunaux français qui peuvent s'y référer.

B. Le droit communautaire

À côté des conventions internationales ou au sein des conventions internationales, il faut évoquer les traités communautaires qui sont à l'origine d'un droit communautaire.

Comment ce droit est-il né ? Le droit communautaire est essentiellement constitué des traités et conventions signés par les Etats membres, ainsi que du droit issu des décisions et des normes édictées par les organes mis en place au sein de l'Union européenne. On parle ainsi et respectivement de droit institutionnel et de droit dérivé communautaire.

1. Le droit institutionnel

- Le droit institutionnel est directement issu des traités communautaires.

• Les dispositions précises des traités communautaires, et notamment du traité de Rome, sont directement applicables en droit interne. Un plaideur français peut donc invoquer une disposition du traité de Rome devant le juge français. Le traité de Rome l'emporte sur le droit interne et sur ce point, en matière de droit communautaire, le juge n'a pas à prendre en compte la condition de réciprocité.

a. Les traités successifs

Comment s'est formé ce droit communautaire ?

• A l'origine les Communautés européennes se sont formées entre six Etats qui ont donné naissance à trois communautés : la Communauté européenne du charbon et l'acier issue d'un traité de 1951, le traité CECA ; également la Communauté économique européenne issue du traité CE du 25 mars 1957 ; et enfin la Communauté européenne de l'énergie atomique issue du traité Euratom du 25 mars 1957.

• Par la suite, l'Acte unique de 1986 a accéléré la construction européenne en prévoyant l'adoption à la majorité qualifiée de certaines décisions au sein du Conseil. Mais il demeure des décisions où l'unanimité est requise.

• Autre étape importante dans la construction du droit européen, le traité de Maastricht du 7 février 1992 qui a institué l'Union européenne, qui vient englober les Communautés européennes. C'est le traité de Maastricht qui a consacré la notion de citoyenneté européenne.

• L'étape suivante a été constituée le 2 octobre 1997 de la signature du traité d'Amsterdam entre les 15 Etats membres, traité ratifié par la France en 1999 et qui a notamment renforcé les pouvoirs du Parlement européen face au Conseil et face à la Commission européenne.

• La rencontre entre les 15 Etats membres qui s'est faite à Nice le 7 décembre 2000 constitue également une autre étape importante dans la construction européenne.

→ Elle a conduit à la signature de traité de Nice le 26 février 2001 dont le principal mérite est de lever le préalable institutionnel à l'élargissement de l'Union aux pays d'Europe de l'Est.

→ Elle s'est également traduite après plus de 30 ans de discussions et de négociations par l'adoption d'une structure sociétaire européenne et cette société européenne offre, dans certaines conditions, la possibilité aux représentants des salariés d'être présents dans les organes d'administration et de surveillance.

→ La rencontre de Nice a encore été l'occasion d'une proclamation solennelle par le Conseil de l'Union européenne, mais également la Commission européenne et le Parlement, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais à cette époque, cette charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'avait pas été intégrée dans les traités communautaires. Il a ensuite été tenté d'intégrer ces droits fondamentaux dans le projet de Constitution européenne.

• On se souvient que le projet de Constitution européenne fut rejeté par les Français lors d'un référendum organisé en 2005, puis par les Pays-Bas.

- Cet échec conduisit à la rédaction d'un nouveau traité, le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux au traité de l'Union européenne a finalement été réalisée récemment par le traité de Lisbonne. Avec ce dernier, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est déclarée juridiquement contraignante à l'égard non pas seulement des Etats membres mais également de leurs ressortissants. Un lien a même été réaffirmé avec les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ces traités communautaires sont à l'origine d'un droit substantiel, mais également d'institutions administratives, politiques et juridictionnelles qui elles-mêmes vont produire du droit, le droit dérivé.

b. Les institutions communautaires

Les principales institutions mises en place sont : le Conseil des ministres, la Commission européenne, la juridiction communautaire composée de la Cour de Justice des Communautés européennes - la CJCE - mais également le Tribunal de première instance des Communautés européennes auquel a été récemment adjoint le Tribunal de la fonction publique.

Les traités communautaires ont mis en place aussi d'autres institutions telles que la Cour des comptes, le Comité économique et social européen, le Comité des régions, la Banque européenne d'investissement, la Banque centrale européenne. Mais ces différentes institutions ne seront pas examinées ici. Nous nous contenterons d'une présentation des principales institutions communautaires.

Le Conseil de l'Union européenne et le Conseil européen

- Le « Conseil » appelé encore parfois « Conseil des ministres » et qui s'est auto-dénommé « Conseil de l'Union » en 1993, a son siège à Bruxelles. C'est au sein de l'Union l'organe exécutif qui dispose du pouvoir de décision.

- Il est composé des différents ministres des Etats membres en fonction de leurs domaines de compétence. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'élaborer la politique agricole commune, ce sont les ministres de l'agriculture qui vont se réunir et composer le Conseil pour qu'il se prononce en la matière. La présidence du Conseil est assurée par chaque État membre dans le cadre d'une rotation tous les six mois.

- Pendant longtemps, ce Conseil disposait de pouvoirs importants.

- * C'est lui qui était notamment seul compétent pour adopter les règlements et les directives sur proposition de la Commission. Mais depuis le traité d'Amsterdam, il partage ce pouvoir de décision dans certaines conditions avec le Parlement dans un certain nombre de matières.

- * Le Conseil exerce, notamment, le pouvoir budgétaire avec le Parlement.

- * Il arrête encore les accords internationaux négociés par la Commission.

- Les décisions prises par le Conseil sont adoptées selon les cas prévus par les traités soit à la majorité simple, soit à la majorité qualifiée, soit à l'unanimité ce qui est notamment le cas pour l'admission d'un nouvel État.

- A côté du Conseil, on trouve le Conseil européen composé des chefs d'Etat et de gouvernement. Le Conseil européen devient formellement une institution avec le traité de Lisbonne. Il chapeaute l'ensemble de l'édifice institutionnel et est devenu l'organe moteur de l'Union. Au delà d'une fonction d'impulsion et de d'orientation, il exerce différentes missions à l'exclusion de toute fonction législative.

La Commission européenne

- La Commission européenne est un organe supranational composé de représentants de chaque État membre. Il y a actuellement 27 membres désignés pour cinq ans. La désignation de ces membres est soumise à un vote d'investiture du Parlement européen.

- Quel est le rôle de la Commission européenne ? Elle représente l'administration et agit en tant que porte-parole de l'intérêt général de l'Union européenne. Et à ce titre, la Commission est indépendante à l'égard des États membres.

- La Commission a pour fonction essentielle de préparer les projets de règlements et de directives qui seront ultérieurement adoptés au sein du Conseil.

- C'est également la Commission qui est chargée d'exécuter les décisions du Conseil européen, elle a pour rôle de contrôler l'application du droit communautaire et à ce titre elle peut saisir la Cour de Justice des communautés européennes en cas de manquement des États membres.

- La Commission, enfin, a pour mission de coordonner les politiques communes.

- Cet organe peut être contraint à la démission collective dans l'hypothèse d'une censure pas le Parlement européen puisque la Commission est responsable devant le Parlement européen.

Le Parlement européen

- Le Parlement européen est l'organe qui représente, non pas les États membres, mais les peuples de l'Union européenne.

- Il a son siège à Strasbourg.

- Il participe au pouvoir de décision du Conseil à travers la procédure dite de codécision mais également à travers les procédures de coopération et d'avis conforme. Le Parlement européen participe également à l'investiture des membres de la Commission.

La Cour de justice

- Il s'agit d'un organe juridictionnel chargé d'assurer l'uniformité dans l'application et l'interprétation du droit communautaire.

- Cette cour, qui siège à Luxembourg, peut être saisie par la Commission ou par un État membre, en vue de faire constater le non-respect des dispositions communautaires par un État membre, par son gouvernement, son parlement ou son administration, voire ses juridictions. La Cour de justice des communautés européennes peut également connaître d'un recours en annulation d'un acte qui serait adopté par une institution communautaire dans des conditions non conformes au traité communautaire. La Cour de justice des communautés européennes peut aussi être saisie pour faire constater l'inaction fautive du Conseil ou la Commission. Au moyen de la technique des questions préjudicielles d'interprétation - questions préjudicielles qui sont posées par les juridictions propres à chaque État membre - la Cour contribue enfin à assurer une uniformité dans l'interprétation du droit communautaire. Il est en effet possible qu'un juge national dans le cadre d'un procès particulier soit confronté à une difficulté d'interprétation du droit communautaire. Dans ce cas, il va surseoir à statuer - c'est-à-dire qu'il peut suspendre le cours du procès - en vue de soumettre la question litigieuse, la question d'interprétation du droit, à la Cour de justice des Communautés européennes. Cette dernière rend ensuite une décision que devra respecter le juge qui l'avait saisie.

Le Tribunal de première instance des communautés européennes et le tribunal de la fonction publique

La Cour de justice des communautés européennes est aidée dans ses missions par le tribunal de première instance des Communautés européennes, ainsi que par le tribunal de la fonction publique de l'Union européenne qui est une chambre juridictionnelle spécialisée compétente pour statuer sur les litiges entre la Communauté et ses agents.

L'ensemble de ces institutions sont à l'origine, nous l'avons dit, d'un droit dérivé.

2. Le droit dérivé

On se limitera ici à une présentation des règlements et des directives qui sont élaborés par le Conseil. Il s'agit, en effet, des règles les plus importantes adoptées par le Conseil.

a. Les règlements

Les règlements sont de véritables règles de droit directement applicables dans tout État membre. Ils n'ont pas besoin d'être transposés dans l'ordre interne. Leur seule adoption par les instances communautaires suffit à les rendre applicables en France.

b. Les directives

- En revanche, les directives ont pour destinataires les États membres eux-mêmes. Les directives fixent des objectifs que les États membres doivent s'efforcer d'atteindre en mettant en œuvre leur législation interne ou en la modifiant.

- Contrairement aux règlements, les directives doivent être transposées dans l'ordre interne pour devenir contraignantes. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que les directives posant des obligations suffisamment précises et non assorties de conditions devaient être directement applicables devant les tribunaux nationaux des États membres alors même qu'aucune transposition n'a eu lieu.

C. L'autorité des conventions internationales

Il nous faut maintenant nous pencher sur l'articulation des règles créées par les conventions internationales avec notre Constitution. Les textes internationaux, le droit communautaire et la Constitution française ne se situent pas les uns par rapport à l'autre au même niveau. Quel est le texte qui doit l'emporter sur l'autre ? La jurisprudence s'est prononcée sur cette question : depuis l'arrêt *Fraisse* rendu par la Cour de cassation le 2 juin 2000, on sait qu'au sommet de la hiérarchie des sources figurent la Constitution et les lois constitutionnelles.

- Notre Constitution est une norme suprême, elle se situe même au-dessus des traités internationaux. En effet, l'efficacité des traités est subordonnée à leur ratification ou approbation et à leur publication. Mais cette ratification ou approbation des traités est subordonnée à leur conformité à la Constitution. Cette exigence résulte de l'article 54 de la Constitution rédigé ainsi : « si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». De ce principe il résulte qu'aucune ratification ne peut être envisagée tant que la révision constitutionnelle nécessaire n'est pas opérée. En définitive, on peut dire que le texte constitutionnel contraire à un traité s'oppose à sa ratification, ce qui marque très nettement la prééminence de notre Constitution sur les accords internationaux. Ces exigences valent pour tous les traités et cela même pour les traités communautaires.

- Mais il en va différemment du droit communautaire dérivé tel que les règlements communautaires. En effet, ce droit dérivé est le produit des traités communautaires dûment ratifiés et publiés, et à ce titre, il se trouve investi d'une pleine efficacité. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres. On peut formuler ce principe autrement : on peut dire que les dispositions du droit dérivé s'insèrent dans notre ordre juridique par le seul effet de leur publication au Journal officiel des Communautés européennes ; elles y figurent au même rang que les traités et, conformément à l'article 55 de la Constitution, elles doivent être regardées comme supérieures à la loi

§2 : La Constitution

Les sources internes sont nombreuses. Elles-mêmes sont hiérarchisées et s'organisent sur le modèle d'une pyramide, dite pyramide de Kelsen. Selon cette pyramide, les normes de source inférieure ne peuvent aller à l'encontre des prévisions d'une norme de source supérieure, et au sommet de cette pyramide on trouve la Constitution française.

La Constitution détermine la forme de l'Etat, la dévolution et l'exercice du pouvoir. L'élaboration et la modification de la Constitution obéissent à une procédure particulière, différente de la procédure législative ordinaire. La Constitution se caractérise donc par son objet. Elle contient l'ensemble des règles les plus importantes de l'État. Elle détermine notamment la nature de l'État, les relations entre les pouvoirs publics et les droits et libertés dont les personnes sont titulaires. Notre Constitution a été adoptée le 4 octobre 1958. Elle est constituée d'un corps d'une centaine d'articles, et d'un préambule qui se réfère lui-même au préambule de la Constitution de 1946 mais également à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à la Charte de l'environnement de 2004. On parle ainsi pour l'ensemble de ces textes d'un bloc de constitutionnalité.

A. Le bloc de constitutionnalité

Qu'est-ce qu'un bloc de constitutionnalité ? Pour M. Favoreu, il s'agit de l'ensemble des règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif, et d'une manière générale à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, ainsi qu'aux particuliers.

1. Préambule et articles de la Constitution

- Si on se reporte au préambule de la Constitution de 1946 cité en référence par le préambule de la Constitution de 1958, on notera que sont aussi intégrés à la Constitution et donc font aussi partie de ce bloc de constitutionnalité deux types de catégories de principes : ceux que l'on appelle les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et ceux qui sont dits particulièrement nécessaires à notre temps.

- Une partie importante de la Constitution est finalement consacrée aux droits de la personne et aux libertés fondamentales.

- On les trouve en particulier consacrés dans le corps même de la Constitution. Je ne ferai que citer quelques exemples. Dans le corps du texte de la Constitution figurent par exemple : à l'article 3 le principe d'égalité, d'universalité et de secret du suffrage, à l'article 4 la liberté de formation et d'activité des partis et des groupements politiques.

- Il faut compter aussi sur les très nombreuses libertés et les droits découverts dans le préambule de la Constitution lui-même.

2. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

L'intégration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité a permis au Conseil constitutionnel d'allonger également la liste des principes de valeur constitutionnelle et là encore on se limitera à quelques exemples : sont fréquemment invoqués les principes de liberté, d'égalité, de sûreté, mais également le principe de la liberté d'opinion, le principe d'égalité devant l'impôt et les charges publiques.

3. Charte de l'environnement

La Charte de l'environnement a été intégrée dans la Constitution depuis la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, dont l'objet est de préciser les droits et les devoirs de l'homme dans le domaine environnemental.

Parmi l'ensemble de ces droits et devoirs, il faut citer l'article 5 de la Charte de l'environnement où figure le principe dit de précaution, principe qui doit conduire les décideurs soit à réduire une activité, soit à interdire une activité ou un produit, lorsqu'il existe des raisons suffisantes de croire que cette activité ou ce produit risque de causer des dommages graves et irréversibles à la santé ou à l'environnement.

4. Principes reconnus par les lois de la République

Il convient d'intégrer dans le bloc de constitutionnalité les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes correspondent à des normes de valeur constitutionnelle dont l'existence est constatée par le Conseil constitutionnel à partir de lois prises sous les trois premières Républiques. Nous nous limiterons à citer la liberté d'association, le droit au respect des droits de la défense. Il en existe de nombreux autres.

5. Principes particulièrement nécessaires à notre temps

Les principes particulièrement nécessaires à notre temps sont des principes expressément cités, énoncés par le préambule de la Constitution de 1946.

Ces principes sont à l'origine de droits fondamentaux de nature sociale et économique tels que le principe du droit de grève, le principe de participation des travailleurs.

Mais parmi ces principes figurent également des principes de portée politique tels que le droit d'asile.

⇒ L'ensemble du droit interne procède de la Constitution, ce qui veut dire que l'ensemble de notre droit interne doit être conforme à la Constitution et aux droits fondamentaux qu'elle contient. C'est au Conseil constitutionnel qu'il revient de contrôler la conformité de nos lois à la Constitution. Et si le législateur veut adopter une loi contraire à la Constitution, il faudra préalablement procéder à la révision de la Constitution selon les directives de l'article 89 de la Constitution. En la matière, l'initiative de la révision appartient au président de la République sur proposition du premier ministre et aux parlementaires. En principe, la révision doit être votée par les deux assemblées en termes identiques, puis doit être approuvée par référendum. Toutefois, le président de la République peut, s'il est à l'origine du projet de révision, écarter la voie du référendum pour lui préférer un vote par le Congrès réunissant l'Assemblée nationale et le Sénat.

B. Le rôle du Conseil Constitutionnel

Il faut se poser la question de l'autorité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel à qui il revient de contrôler la constitutionnalité des lois.

- Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi actuellement que par certaines personnes : le président de la République, le premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, ou encore 60 députés ou 60 sénateurs.

- Sa mission, lorsqu'il est saisi, est de vérifier la conformité de la loi à la Constitution avant sa promulgation. Lorsqu'il se prononce, sa décision n'est susceptible d'aucun recours, elle s'impose aux pouvoirs publics et notamment aux autorités juridictionnelles. Le Conseil constitutionnel est dépourvu de moyens pour veiller à l'application de sa décision. Malgré ce manque de moyens il faut bien admettre qu'en pratique, il est respecté.

- Lorsque le Conseil décide qu'une loi est conforme à la Constitution le texte de loi devient inattaquable ; en revanche lorsqu'une disposition est déclarée inconstitutionnelle, elle ne peut être ni promulguée, ni appliquée. On comprend donc qu'une décision d'inconstitutionnalité gêne considérablement le travail du législateur, et c'est pourquoi il n'est pas rare que la loi soit acceptée à la condition d'être appliquée conformément à l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel. Cette technique est celle dite de la réserve d'interprétation. Elle s'est généralisée ces dernières années, et il faut noter que ces réserves d'interprétation s'imposent au juge.

- Il n'est pas exclu, encore actuellement, qu'une loi contraire à la Constitution n'ait pas été déférée au contrôle du Conseil constitutionnel avant sa promulgation.

- En l'état actuel du droit français les tribunaux ne se reconnaissent pas le droit de contrôler la conformité de la loi à la Constitution. C'est pourquoi un auteur a pu dire qu'il existait dans notre droit un vaste espace juridique incontrôlé où peuvent s'inscrire des atteintes aux droits fondamentaux des citoyens.

- Il existe actuellement un projet de réforme constitutionnelle en cours qui, reprenant les propositions d'un comité de réflexion Balladur - du nom de son président - , souhaite ouvrir aux justiciables la faculté de contester par voie d'exception la constitutionnalité de dispositions législatives déjà promulguées. Les dispositions législatives contestées pourraient donc à tout moment être contrôlées sous l'angle de leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il s'agirait en quelque sorte d'instituer un contrôle de constitutionnalité a posteriori, contrôle qui serait confié au Conseil constitutionnel, lequel serait saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Chapitre 4

Les sources du droit

La loi, les règlements, les coutumes, la jurisprudence, la doctrine

Les sources du droit, après les conventions internationales et la Constitution, sont la loi, les règlements, les coutumes, la jurisprudence et la doctrine.

§1 : La loi

A. Domaine d'intervention de la loi

Pris dans un sens général, le terme « loi » veut viser l'ensemble des normes juridiques. On y inclut alors aussi bien la Constitution, les règlements, la jurisprudence, que la loi stricto sensu (celle qui est votée par le Parlement). Ce n'est pas ce sens qui nous intéresse ici. Dans les présents développements, il s'agit d'étudier la loi au sens formel, c'est-à-dire l'acte qui émane du Parlement, la loi votée par l'Assemblée nationale et le Sénat. Cette loi a une origine étatique. Elle est la manifestation d'une volonté étatique.

Plusieurs questions vont ici nous occuper. Dans quel domaine le législateur peut-il intervenir ? Comment élabore-t-on une loi ? Et surtout à partir de quel moment un texte de loi devient-il obligatoire ?

1. Le domaine d'intervention de la loi

- La Constitution de 1958 a réduit considérablement le domaine d'intervention de la loi. En effet, elle réserve au Parlement le droit d'édicter des lois dans un certain nombre de matières limitées - article 34 de la Constitution - les autres relevant du domaine réglementaire selon l'article 37 de la Constitution. En d'autres termes, tout ce qui ne relève pas du domaine de la loi peut faire l'objet de règlements administratifs pris par le gouvernement à la condition toutefois que ces règlements restent conformes à la loi. On dit souvent aujourd'hui que le Parlement n'a plus qu'une compétence d'exception, la compétence de principe revenant au gouvernement.

- L'article 34 de la Constitution prévoit deux types de matières dans lesquelles le législateur peut intervenir.

- D'une part, il existe un domaine dans lequel le pouvoir législatif dispose d'une compétence totale. Ces matières sont, par exemple, relatives à la condition des personnes, au droit de la famille, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités. Elles concernent également la détermination des crimes et des délits, du régime des peines et de la procédure pénale. Mais ce ne sont que des exemples.

- D'autre part, la loi détermine les principes fondamentaux d'un certain nombre de matières qui sont elles aussi énumérées par l'article 34. Il en va ainsi du régime de la propriété, des droits réels, des obligations civiles et commerciales, du droit du travail et la Sécurité sociale. Dans ce type de matière, le pouvoir législatif est limité aux seuls principes

fondamentaux. Il appartient en conséquence au pouvoir exécutif de déterminer les modalités d'application de la loi par voie de règlement.

2. Comment s'élabore une loi ?

- La loi est l'œuvre commune de l'Assemblée nationale et du Sénat. Elle peut être d'initiative gouvernementale : on l'appelle alors projet de loi. Elle peut être aussi d'initiative parlementaire : on l'appelle proposition de loi dans ce cas.

- Mais dans tous les cas, la loi doit être discutée et votée par les deux assemblées. Selon le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte. La suite de l'article 45 de la Constitution précise ce qui se passe en cas de désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat, mais en toute hypothèse le dernier mot reviendra à l'Assemblée nationale si le gouvernement le demande. Cette procédure est celle qui concerne la loi ordinaire

- Mais il existe d'autres lois qui obéissent à des règles particulières.

- Il s'agit d'abord des lois constitutionnelles qui sont des lois de révision ou d'abrogation de la Constitution. Ces lois sont soumises à la procédure spéciale de l'article 89 de la Constitution présentée précédemment.

- Il existe également des lois organiques, dont l'objet spécifique est de compléter et de mettre en œuvre les règles portées par la Constitution. Ces lois organiques obéissent à un régime quelque peu différent de celui des lois ordinaires.

- Il convient aussi de signaler que le vote des lois de finances, autres lois particulières, est soumis à des délais impératifs pour le Parlement qui visent à assurer que ces lois soient votées en temps utile.

- Il existe aussi une autre catégorie de lois particulières : les lois référendaires.

- * Selon l'article 11 alinéa 1er de la Constitution, le président de la République, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, peut soumettre au référendum tout projet portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui sans être contraire à la Constitution aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. On le voit, le domaine du référendum reste assez étroit.

- * Lorsque la loi référendaire est utilisée, elle remplace la technique législative utilisée au sein du Parlement. Jusqu'à aujourd'hui cette technique a été utilisée 9 fois. Une première fois en 1961, deux fois en 1962, une fois également en 1969, puis en 1972, en 1988 sur le statut de la Nouvelle-Calédonie, en 1992, en 2001 lorsqu'il a été question de faire passer le mandat du président de la République de cinq ans à sept ans ; le référendum a également été utilisé en 2005, sans succès, pour faire adopter un projet de Constitution.

- * Cette technique aboutit à l'élaboration de lois particulières qui doivent être, comme les autres, promulguées par le président de la République. Mais ces lois échappent au contrôle du Conseil Constitutionnel. Pourquoi ? Le Conseil constitutionnel l'a dit lui-même : ces lois référendaires constituent l'expression directe de la souveraineté nationale et le Conseil constitutionnel n'est pas le juge du peuple souverain.

B. L'entrée en vigueur de la loi

- En principe, la loi s'applique sur l'ensemble du territoire français et régit toutes les personnes qui s'y trouvent.

- Mais il est vrai que certaines situations juridiques peuvent être affectées d'un élément international, on dit aussi d'un élément d'extranéité. On appliquera alors les règles que détermine le droit international privé, même si la situation concerne un français et se déroule sur le territoire national.

- En outre, certains départements et territoires appartenant à la France obéissent à des règles particulières qui ne sont pas celles en vigueur sur le reste de notre territoire.

- Ainsi dans les départements d'Alsace Moselle - le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle - il existe un droit local issu des lois françaises antérieures à 1871 et des lois allemandes antérieures à 1910.

- Il convient également de tenir compte du statut propre d'une part des départements et régions d'outre-mer, et d'autre part des collectivités d'outre-mer qui comprennent notamment les anciens TOM - territoires d'outre-mer - mais également Saint-Pierre et Miquelon et Mayotte.

- * Dans les départements d'outre-mer - la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane et la Réunion - le régime législatif et l'organisation administrative peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière, aux termes de l'article 73 de la Constitution. Sous réserve de ces adaptations éventuelles, les dispositions législatives adoptées par le Parlement y sont applicables de plein droit en vertu du principe dit de l'assimilation législative.

- * En revanche, les collectivités d'outre-mer se caractérisent, en pratique, par des régimes variés. Elles disposent d'un statut défini par une loi organique qui, au terme de l'article 74 de la Constitution, tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Toujours est-il que la loi française a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire. Cependant, deux opérations devront être effectuées pour qu'un texte législatif devienne obligatoire. Première opération : la promulgation ; seconde opération : la publication.

1. La promulgation

La promulgation consiste, pour le président de la République, à authentifier le texte de la loi. Le président va ainsi constater que le Parlement a définitivement voté le texte de la loi et ordonne, en signant le texte, qu'il soit exécuté. On dit alors que la loi, une fois qu'elle est promulguée, acquiert force exécutoire. Si le président de la République a un doute sur l'opportunité de cette loi, il a la possibilité de demander au Parlement de revoir le texte de la loi avant la promulgation.

2. La publication

- A la suite de la promulgation intervient l'étape suivante qui est obligatoire : celle de la publication. L'objectif est ici de faire porter à la connaissance du public le texte voté. Par cette publication, le texte de loi est censé être connu de tous. Comme l'indique un adage ancien : « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». Selon cet adage, personne ne peut se retrancher derrière son ignorance de l'existence de la loi pour éviter son application.

- Avant l'ordonnance du 20 février 2004, la loi ne devenait obligatoire qu'un jour franc après la parution au Journal officiel. L'écoulement d'un jour franc signifiait qu'il fallait attendre 24 heures à l'issue de la journée de publication avant de considérer qu'elle devenait obligatoire. En conséquence et pour prendre un exemple, si la publication avait lieu le 11 juin à 14 heures, il fallait ajouter 24 heures à compter de minuit et la loi devenait obligatoire

le 13 juin. En province, le délai d'un jour franc était décompté par référence à la date d'arrivée par voie postale du Journal officiel au chef-lieu d'arrondissement.

- Cette règle ancienne, qui n'est plus en vigueur, prenait en compte la durée d'acheminement du courrier et surtout ses aléas. Ces règles ont été modifiées depuis l'ordonnance du 20 février 2004, ordonnance qui a pris en compte la rapidité de la publication par voie électronique sur le site officiel Légifrance.

→ Lorsque les textes sont publiés au Journal officiel - loi ou acte administratif - ils entrent désormais en vigueur à la date qu'ils fixent, ou à défaut le lendemain de leur publication.

→ En revanche, l'entrée en vigueur des dispositions dont l'exécution nécessite des textes d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 1 du Code civil précise qu'en cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit, et les actes administratifs pour lesquels le gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

C. Nul n'est censé ignorer la loi

La maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* » n'est finalement qu'une présomption de connaissance de la règle de droit.

1. Le principe

Pourquoi cette maxime ? Elle a pour finalité d'assurer l'application effective de la règle de droit par tout ce qu'elle concerne. Cette présomption est par ailleurs irréfragable : cela signifie qu'il ne sert à rien pour celui qui ne souhaite pas respecter la règle, ou qui ne l'a pas respectée, de faire la preuve qu'il n'avait effectivement aucune connaissance de la règle.

2. les exceptions : les erreurs de droit

L'article 122-3 du Code pénal apporte toutefois une importante exception à cette règle. Ce texte énonce que : n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte. L'erreur va donc pouvoir excuser le manquement de cette personne. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une erreur invincible. Il est par ailleurs admis que celui, qui par exemple, en matière civile, a commis une erreur de droit en signant un contrat, peut invoquer son ignorance de la loi pour demander la nullité du contrat vicié par son erreur. Par exemple, un héritier a cédé ses droits issus d'une succession moyennant un prix déterminé mais il s'est trompé sur ce qu'il cédait. Il avait des droits supérieurs à ceux qu'il croyait être les siens. Par exemple, il a vendu une propriété au lieu d'avoir vendu une nue-propriété comme il le pensait ; il va pouvoir demander la nullité de ce contrat pour erreur de droit.

⇒ Quoi qu'il en soit la maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* » reste le principe, ce qui s'explique par l'idée que le droit a pour but d'organiser la vie en société. Cet objectif serait manqué, serait même compromis, si chacun pouvait, en ce qui le concerne, priver la loi d'effet en invoquant sa méconnaissance. Surtout, l'égalité des citoyens devant la loi deviendrait une règle sans portée.

3. Une fiction ?

Mais il faut pourtant noter que la connaissance des textes de loi est très mal partagée.

- Le délai entre la publication et la mise en application de la loi est très bref, or il est très difficile en si peu de temps d'assimiler la loi. On sait aussi que la production de la loi, celle des règlements n'a pas cessé d'augmenter : les lois sont très nombreuses chaque année.

Lois et règlements deviennent de plus en plus compliqués. Il est fréquent également qu'ils soient mal rédigés. De tout cela, il résulte que la présomption selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi constitue très largement une fiction. La connaissance de la loi reste imparfaite.

- Elle est le fait de spécialistes qui, discipline par discipline, domaine par domaine, accèdent à la maîtrise de la règle par une étude du texte de la loi, complétée d'ailleurs par une étude de la jurisprudence.

D. Distinction entre lois impératives et lois supplétives

Le principe de la force obligatoire de la loi résultant de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » ne va pourtant pas sans nuances. Il existe, en effet, dans notre droit une distinction établie entre les lois impératives et les lois supplétives. Les premières - les lois impératives - sont plus contraignantes que les secondes.

- Les lois impératives sont celles qui ne peuvent être écartées par les sujets de droit. Il peut s'agir par exemple de règles sur le mariage ou sur le divorce, celles qui imposent le respect du repos hebdomadaire ou le respect des congés payés, également les lois qui définissent en matière d'urbanisme le droit de construire.

- A l'inverse de ces lois impératives, il existe des lois dites supplétives de volonté dont l'application peut être écartée par contrat. Par exemple, l'article 1651 du Code civil dispose qu'un acheteur doit payer au lieu et dans le temps où se fait la délivrance du bien qu'il vient d'acheter. Mais le texte autorise aussi les parties à convenir d'autres modalités de paiement. Ce paiement peut être échelonné, peut être porté, le vendeur peut également accorder un crédit, etc. La force obligatoire de la loi est donc atténuée dans cette hypothèse mais elle n'en demeure pas moins car si les parties ne trouvent pas d'autre solution, ne s'accordent pas sur une autre solution, la règle devra s'appliquer.

- Comment distingue-t-on une règle impérative d'une règle supplétive de volonté ? Le critère réside dans la notion d'ordre public. Cette notion d'ordre public englobe tous les principes et toutes les règles que le législateur juge essentiels pour la paix sociale, pour le bon ordre de la société et qui, de ce fait, s'imposent à tous. Mais la difficulté vient souvent du fait que la loi ne dit pas toujours si elle est d'ordre public.

- Lorsque le législateur indique clairement que la règle est d'ordre public, on parle alors d'ordre public textuel ou exprès. On peut citer à titre d'exemple l'article 1130 du Code civil alinéa 2 : on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. On voit ici que la dérogation conventionnelle n'est pas possible.

- D'autres textes, moins précis, indiquent tout de même que la règle qu'ils prévoient est édictée à peine de nullité de toute convention contraire. Cette locution signifie également qu'il s'agit de règles d'ordre public.

- Parfois enfin, le législateur accentue la prohibition, l'interdiction, en l'accompagnant d'une sanction pénale, et là encore il faut en déduire qu'il s'agit d'une règle d'ordre public.

- Mais souvent le législateur ne dit rien, ne dit pas s'il autorise les particuliers à déroger par convention à la règle qu'il crée. La question relève alors de la compétence du juge à qui il reviendra de reconnaître éventuellement à la règle de droit un caractère impératif. Il peut le faire s'il constate que le respect de cette règle est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française.

E. L'abrogation de la loi

- Quand la loi cesse-t-elle de s'appliquer ? La loi est prévue pour durer dans le temps, mais elle peut aussi être abrogée par l'autorité qui l'a établie. Seul le législateur a le pouvoir d'abroger la loi en vertu de ce qu'on appelle le principe du parallélisme des formes.

- L'abrogation d'une loi par une autre peut être expresse ou tacite.

- L'abrogation expresse concerne le cas où la loi elle-même prend soin d'énumérer les dispositions d'une loi antérieure qui sont abrogées par l'entrée en vigueur du nouveau texte.

- Mais si rien n'est prévu par la loi l'abrogation peut résulter de l'incompatibilité logique qui existe entre l'ancien et le nouveau texte. Il appartient alors au juge d'interpréter la loi pour dire dans quelle mesure une loi nouvelle peut abroger la loi ancienne.

- * On sait notamment qu'une disposition particulière antérieure n'est pas abrogée par une disposition générale nouvelle quand elles ne sont pas incompatibles : la règle spéciale ne fait que déroger à la règle générale.

- * En revanche, une disposition antérieure générale est abrogée par une disposition particulière nouvelle dans les limites de cette disposition nouvelle. Cette disposition nouvelle constitue alors une exception à la règle générale antérieure.

- La question se pose aussi de savoir si une loi peut être abrogée par désuétude (lorsqu'elle ne s'applique pas). La jurisprudence s'est clairement prononcée sur ce point. Le fait de ne pas appliquer une loi n'entraîne pas son abrogation. Cette solution s'explique par le principe de la hiérarchie des normes : la désuétude, en effet, s'apparente à une coutume qui serait contraire aux prévisions de la loi ; en tant que règle de source inférieure la coutume ne peut aller à l'encontre de la loi.

§2 : Les règlements administratifs

Les règlements administratifs sont des actes de portée générale et impersonnelle, édictés par le pouvoir exécutif c'est-à-dire par le président la République, le premier ministre, les ministres, les préfets, les maires. Ces règlements se répartissent en plusieurs catégories.

1. Les ordonnances du président de la République

- Citons d'abord les ordonnances du président de la République, qu'il peut adopter en vertu de l'article 38 de la Constitution. Les ordonnances sont des textes qui dans leur forme s'apparentent au règlement, mais qui interviennent sur autorisation du législateur dans un domaine qui relève normalement de la loi.

- Ces ordonnances sont utilisées avec un souci d'efficacité mais également un souci de rapidité. Les ordonnances permettent, en effet, de faire l'économie d'un débat, d'une discussion devant le Parlement. Mais elles sont aussi pour les mêmes raisons, dangereuses. C'est pourquoi elles nécessitent toujours au départ une loi d'habilitation qui précise d'abord le domaine législatif qui sera objet d'ordonnances, qui précisent également le temps prévu, qui précise enfin les objectifs que poursuit le gouvernement.

- Ces ordonnances qui par essence empiètent sur le domaine réservé au législateur, peuvent modifier, voir abroger des lois antérieures. Elles sont en principe d'application immédiate dès l'instant qu'elles sont prises régulièrement, c'est-à-dire dans le délai d'habilitation prévu par la loi d'habilitation après avis du Conseil d'État et délibération du

Conseil des ministres avec les contreseings du premier ministre et des ministres concernés et la signature du président.

- Malgré cette délégation accordée par le Parlement, ces ordonnances n'équivalent pas à des lois. Elles restent de nature réglementaire et peuvent être contrôlées par le Conseil d'État dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Le régime particulier des ordonnances qui sont prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution dure tout le temps du délai d'habilitation. Le gouvernement doit toutefois dans le délai précisé par la loi d'habilitation déposer un projet de loi de ratification, car ces ordonnances ne peuvent rester en tant que telles. Elles sont amenées à être ratifiées par le Parlement et dès qu'elles sont ratifiées elles prennent alors valeur de loi.

2. Les décisions du président de la République

Autre catégorie de règlements : les décisions prises par le président de la République sur le fondement de l'article 16 de la Constitution. Ce texte confère, en effet, tous les pouvoirs législatifs et réglementaires au président de la République dans le cas de circonstances d'une exceptionnelle gravité. Si on regarde l'article 16 de plus près on voit que pour exercer ce pouvoir, il faut que les institutions la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux soient menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics soit interrompu. Il s'agit donc d'une crise très grave qui justifie l'exercice de ce pouvoir : tel fut le cas pendant la guerre d'Algérie. Sont alors concentrés tous les pouvoirs aux mains d'un seul, aux mains du président de la République. Il s'agit d'un pouvoir exorbitant qui échappe à tout contrôle lorsqu'il s'exerce dans les matières législatives. En revanche, les décisions qui relèvent du domaine réglementaire demeurent soumises au contrôle de légalité des règlements.

3. Les décrets autonomes du premier ministre

Parmi la catégorie des règlements, il faut aussi compter sur ce que l'on appelle des décrets autonomes du premier ministre pris en vertu de l'article 37 de la Constitution. Ce sont des textes qui sont édictés par le premier ministre dans les matières autres que celles réservées à la loi.

4. Les décrets d'application pris par le premier ministre

Enfin, il faut citer au titre des règlements, les décrets d'application. Les décrets d'application sont pris par le premier ministre sur le fondement de l'article 21 de la Constitution. Ils concernent les hypothèses où une loi régit les principes généraux dans une matière, par exemple en droit du travail, et prévoit l'intervention d'un décret d'application pour compléter les lacunes de la loi ou pour régler des détails qui n'ont pas été évoqués dans le texte de loi.

5. Les arrêtés

Dernière catégorie de règlements : les arrêtés qui peuvent émaner d'un ministre, d'un préfet ou d'un maire. Ces arrêtés ont pour objectif de réglementer un point relevant de leur compétence propre.

6. Les circulaires et instructions administratives

On pourrait ajouter à cette énumération les circulaires par lesquelles un ministre donne des instructions à des fonctionnaires pour le fonctionnement de son service. Les circulaires, toutefois, ne se voient reconnaître la qualité de règlement - la valeur réglementaire - que par le Conseil d'État et sous certaines conditions.

⇒ Que se passe-t-il si un règlement n'est pas conforme à la loi ? Lorsqu'un tel règlement intervient dans le domaine réservé au législateur ou tout simplement lorsqu'il n'est pas conforme à la loi, il est possible d'exercer un recours devant le juge administratif, recours

pour excès de pouvoir. L'étude de cette voie de recours relève d'une autre discipline : le droit administratif. Mais en l'absence de recours, il est possible également, de soulever devant le juge civil ou devant le juge pénal ce que l'on appelle une exception d'illégalité, c'est-à-dire un moyen de défense par lequel le plaideur en cours d'instance va alléguer l'illégalité de l'acte administratif qui lui est opposé.

§3 : Les coutumes

Il faut maintenant voir ces règles très particulières que sont les coutumes, ces usages, règles de droit non écrites qui se forment avec le temps.

Nous allons d'abord présenter les éléments constitutifs de la coutume avant de mesurer l'autorité de la coutume par rapport à celle de la loi.

A. Les éléments constitutifs de la coutume

Une coutume exprime une règle de droit à deux conditions traditionnelles qui correspondent à ses éléments constitutifs.

1. L'élément matériel : une pratique collective et répétée

La coutume d'abord repose sur un usage ancien, elle correspond à une pratique suivie depuis longtemps, à des mœurs. En conséquence, elle a pour base une façon d'agir collective fondée sur la répétition. Cet élément répétition constitue la caractéristique matérielle, l'élément matériel de la coutume. Cette pratique collective et répétée doit en principe être durable, notoire, c'est-à-dire connue de toutes les personnes qu'elle intéresse, et générale. Une fois ces éléments matériels réunis et reconnus, la pratique est susceptible de devenir une coutume.

2. L'élément moral : la conviction de se conformer au droit

Mais il faut ajouter un élément psychologique (également dit moral). Pour qu'il y ait coutume, il faut qu'en agissant d'une certaine manière, les sujets de droit aient la conviction de se conformer au droit. L'élément psychologique ou moral de la coutume réside dans la certitude du caractère obligatoire de la pratique suivie. En définitive, la coutume apparaît avec le sentiment populaire que l'acte accompli correspond bien à une règle de droit.

B. Les rapports de la coutume et de la loi

Quelle est l'autorité d'une coutume par rapport à celle de la loi ? Trois sortes de rapports peuvent s'établir entre la loi et la coutume.

1. La coutume s'appliquant en vertu de la loi : la coutume *secundum legem*

D'abord, La coutume peut s'appliquer en vertu d'une loi. On l'appelle coutume *secundum legem* (coutume selon la loi). Par exemple, le droit de la tutelle et le droit de la représentation légale consacrent pour les mineurs une capacité juridique dite d'usage. Elle exclut la représentation des mineurs lorsque l'usage les autorise à agir eux-mêmes. A travers cet exemple, on se rend compte que la coutume est appelée par la loi.

2. La coutume s'appliquant pour combler les lacunes de la loi : la coutume *praeter legem*

La coutume peut également s'appliquer pour combler une lacune du droit. Elle complète donc la loi sur des points que celle-ci n'avait pas à régler. On l'appelle coutume *praeter legem* (coutume à côté de la loi). On donne usuellement comme exemple de coutume obligatoire de ce type la règle fixant le nom de la femme mariée. La femme mariée, en effet, peut porter le nom de son mari : le port de ce nom est issu d'un usage.

3. La coutume s'appliquant en réaction à la loi : la coutume *contra legem*

Troisième type de rapports : existe-t-il des coutumes qui vont à l'encontre de la loi, voire à l'encontre du règlement ? L'étude de la jurisprudence permet de dire qu'il existe de très rares coutumes *contra legem*. Un exemple : la pratique du don manuel a été reconnue ; il s'agit d'une donation réalisée par le seul transfert d'un bien de la main à la main. Mais on sait pourtant que l'article 931 du Code civil impose à peine de nullité que les donations soient faites par acte notarié.

En conclusion, on peut dire que les coutumes sont bien des sources de droit, mais il s'agit de sources secondaires et accessoires par rapport à la loi, qui reste dans notre système juridique la source essentielle de la règle de droit.

§4 : La jurisprudence

L'application de la loi, du règlement, de la coutume présente parfois des difficultés. Il arrive d'abord que certaines situations ne soient pas prévues par ces textes. De même la loi, le règlement, la coutume peuvent être imprécis ou obscurs. En même temps, la loi oblige le juge à trancher le litige sous peine de déni de justice. Cette règle est inscrite à l'article 4 du Code civil. Qu'est-ce qu'un déni de justice ? C'est le refus de la part d'un tribunal d'examiner une affaire qui lui est soumise et de prononcer un jugement. Or le juge n'a pas le droit de se soustraire à sa mission qui consiste à dire le droit. S'il refuse de statuer, il commet une faute civile. Le déni de justice constitue également un délit pénal. C'est pourquoi l'on considère que le juge, tenu de se prononcer, peut finalement être une source de droit. Toutefois cette source n'est reconnue qu'en présence d'une jurisprudence. Il est donc nécessaire d'étudier les conditions de formation de cette jurisprudence puis de mesurer sa place dans la hiérarchie des sources du droit.

A. La formation de la jurisprudence

Comment se forme donc une jurisprudence ?

- Pour qu'il y ait jurisprudence, il faut en principe être en présence d'une série de décisions judiciaires sur un même sujet. L'élément répétition est un élément constitutif de la jurisprudence.

- En outre, l'importance de cette jurisprudence dépend du rang hiérarchique de la juridiction qui a rendu les décisions. Très souvent, les jurisprudences naissent des décisions de la Cour de cassation, celle-ci ayant pour rôle d'adopter une interprétation unique des textes de loi.

En définitive, on peut retenir de la jurisprudence la définition suivante : c'est l'ensemble des décisions d'où se dégage une règle de droit parce que ces décisions juridictionnelles ont été constamment rendues dans le même sens sur les mêmes questions.

B. La place de la jurisprudence dans la hiérarchie des sources du droit

- Il nous faut alors mesurer la place de la jurisprudence dans la hiérarchie des sources du droit. Tous les auteurs ne reconnaissent pas à la jurisprudence la qualité de source du droit. Ils indiquent ainsi que le juge ne fait que trancher des litiges particuliers conformément aux règles qui leur sont applicables. De ce fait, la jurisprudence ne pourrait avoir valeur de règle générale et impersonnelle. Cette affirmation est renforcée par les deux principes suivants : d'une part les décisions de justice n'ont que l'autorité relative de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elles ne s'imposent qu'entre les parties ayant pris part au procès pour l'objet et la cause particulier de celui-ci ; d'autre part, il résulte de l'article 5 du Code civil que les juges ne peuvent se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires. Le pouvoir judiciaire est ainsi cantonné à un rôle d'édiction de la solution du litige. Il ne peut pas dire à l'avance qu'il statuera dans un sens identique pour les espèces semblables qui lui seraient plus tard soumises.

- Pourtant, il est possible de qualifier la jurisprudence de source du droit en lui reconnaissant le pouvoir de dire le droit, c'est-à-dire de l'interpréter, de le préciser. Seulement la jurisprudence ne s'imposera pas à l'ensemble des juridictions. Elle est suivie uniquement parce qu'elle émane de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire et qu'elle se fonde sur une argumentation construite, sur une motivation. Il s'agit donc d'une source particulière de droit qui n'a pas la même force obligatoire que les autres règles de droit.

- Mais son rôle est loin d'être négligeable même si une jurisprudence n'est pas immuable et peut faire l'objet d'un revirement.

- Elle se traduit souvent par des arrêts, dits arrêts de principe, dont l'objectif est assurément de poser une solution d'ordre général. Ces solutions d'ordre général peuvent être réparties en trois catégories.

1. Fonction d'interprétation de la loi

Le juge, et surtout la Cour de cassation, remplit d'abord une fonction d'interprétation de la règle de droit. En effet, le juge assure le passage de la règle abstraite au cas concret en en définissant le sens et la portée.

2. Fonction de suppléance de la loi

La jurisprudence poursuit également une fonction de suppléance de la loi. Cette fonction résulte de ce que le silence de la loi n'autorise pas le juge à refuser de statuer. Il commettrait ce que l'on a appelé précédemment un déni de justice. Le juge doit donc dépasser le silence, l'obscurité et l'insuffisance de la loi. Il règle alors l'affaire après une réflexion qu'il mène sur l'ensemble du droit, quelquefois en se référant aux travaux préparatoires de la loi, mais aussi en se référant à l'état des mœurs, aux besoins économiques et sociaux de la société.

3. Fonction d'adaptation de la loi

Enfin le juge est rempli une fonction d'adaptation de la loi lorsque celle-ci est dépassée ou lorsqu'elle est sommaire. Le juge adapte alors la loi en considération des besoins de la société et il peut pour cela aller en dehors, voire contre les lois.

§5 : La doctrine

Dernière source du droit : la doctrine. La doctrine est constituée par l'ensemble des opinions émises par les auteurs dans leurs écrits publiés dans des ouvrages ou dans des revues juridiques. Ces opinions trouvent leur place dans les cours de droit, dans les commentaires de lois ou de règlements, dans les commentaires de jurisprudence, les notes de

jurisprudence, dans les chroniques publiées dans des revues spécialisées. En fait, cette doctrine ne fait que proposer, sans prétendre créer des règles de droit. Il arrive parfois que le juge adopte telle ou telle doctrine. Il arrive également que le législateur soit influencé par telle ou telle position doctrinale, mais on constate tout de même que la doctrine n'a qu'un rôle très indirect dans la formation du droit.

Chapitre 5

L'organisation juridictionnelle

- Pour des raisons historiques, il existe en France deux ordres de juridictions. C'est le principe de séparation des pouvoirs qui justifie cette distinction, cette division entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives.

- D'une part on trouve les juridictions chargées de trancher les litiges intervenant entre les particuliers : on les appelle juridictions de l'ordre judiciaire ; d'autre part on trouve des juridictions chargées de trancher les litiges entre d'un côté les personnes de droit public, notamment l'État et de l'autre les particuliers : on les appelle juridictions de l'ordre administratif. S'il existe une difficulté dans la détermination de l'ordre juridictionnel compétent, on aura recours aux services d'une juridiction spéciale : le tribunal des conflits.

§1 : L'ordre judiciaire

Les juridictions de l'ordre judiciaire se subdivisent en deux catégories : les juridictions du fond et la Cour de cassation.

A. Les juridictions du fond

Les juridictions de fond sont les juridictions qui examinent le procès dans sa totalité. Dans chaque procès le juge adopte un raisonnement en trois temps que l'on peut appeler le syllogisme juridique, en l'espèce judiciaire. Dans un premier temps, le juge prend en considération les éléments de fait pour les qualifier. Cette qualification, cette étape de la qualification est essentielle car elle permet de rattacher les faits ou les actes à une situation juridique connue : par exemple un prix est échangé contre un objet mais l'objet s'avère inutilisable. Le juge confronté à ce litige va examiner les faits et il va d'abord considérer qu'il s'agit d'un contrat de vente pour ensuite appliquer les règles, le régime juridique de la cour. Car en effet, dans un second temps, après l'étape de la qualification, le juge isole les règles de droit applicables, et c'est dans un troisième temps qu'il va appliquer les règles précédemment isolées au fait de l'espèce. Ce raisonnement en trois temps est celui que tout juriste doit suivre, c'est celui aussi que l'on doit suivre pour résoudre un cas pratique. Les juges du fond se subdivisent en deux catégories : il y a d'abord donc les juges des juridictions civiles ensuite les juges des juridictions pénales.

1. Les juridictions civiles

Ces juridictions connaissent de toutes les affaires de droit privé, hormis celles qui concernent le droit pénal. Le droit français pose le principe selon lequel chaque litige peut, à la demande d'une partie, être jugé une seconde fois. On distingue ainsi les juridictions du premier degré des juridictions du second degré - on dit également juridictions de première instance et juridictions de seconde instance.

a. Les juridictions du premier degré

a1. La juridiction de droit commun : le tribunal de grande instance

- Il existe dans notre organisation judiciaire une juridiction dotée d'une compétence générale : il s'agit du tribunal de grande instance que l'on appelle juridiction de droit commun. Pourquoi juridiction de droit commun ? Parce que le tribunal de grande instance est compétent pour connaître de tout litige de droit civil qui n'est pas attribué à une autre juridiction en vertu d'un texte spécial.

- En France, il existe actuellement 181 tribunaux de grande instance qui rendent environ 600 000 décisions par an. Ces tribunaux de grande instance ne seront plus que 158 au 1er janvier 2011.

- Ils sont des organes collégiaux composés au moins d'un président et de deux juges assesseurs. La plupart du temps, ces juridictions sont divisées en chambres composées chacune d'au moins trois magistrats. Les chambres des tribunaux de grande instance sont spécialisées par domaine juridique. Chaque tribunal de grande instance est doté d'un représentant du ministère public, c'est-à-dire d'un magistrat chargé non pas de statuer, de juger mais de dire le droit, de donner son avis sur le sens qu'il faut donner aux différentes affaires.

a2. Les juridictions d'exception

A côté de cette juridiction de droit commun, il existe des juridictions dites d'exception qui ne sont compétentes que sur le fondement d'un texte spécial.

Le tribunal d'instance

Il y a d'abord les tribunaux d'instance qui sont situés au chef-lieu de chaque arrondissement et rendent environ 450 000 affaires par an. Actuellement au nombre de 473, ils seront réduits à 297 au 1er janvier 2011. Ces tribunaux sont compétents pour toutes les affaires civiles d'un montant compris entre 4000 et 10 000 €. Ils sont également compétents pour une série d'affaires quel que soit leur montant, telles que les litiges nés de l'exécution d'un bail. A ce sujet, on dit que le juge d'instance est le juge des loyers.

Le tribunal de commerce

Il y a aussi parmi les juridictions d'exception, les tribunaux de commerce, réduits au nombre de 142 depuis le 1er janvier 2009 (au lieu de 191 précédemment). Les tribunaux de commerce règlent environ 200 000 litiges par an. Ils sont compétents pour connaître des litiges entre commerçants. Ces tribunaux ne sont pas constitués de juges professionnels : ils accueillent des commerçants élus par leurs pairs.

Le conseil de prud'hommes

- Il y a aussi les conseils de prud'hommes, réduits au nombre de 210 depuis le 3 décembre 2008 (au lieu de 271). Ils rendent environ chaque année 170 000 décisions. Les Conseils de prud'hommes sont compétents pour connaître des litiges individuels nés de l'exécution d'un contrat de travail.

- Ces juridictions originales sont composées non pas de juges professionnels mais de juges élus.

- Ils fonctionnent sur le mode du paritarisme cela signifie que chaque section amenée à se prononcer est composée de deux représentants salariés et de deux représentants des employeurs, la présidence étant assurée tour à tour par un employeur et un salarié. En cas de partage des voix entre les représentants employeurs et les représentants salariés, le litige est tranché par un juge départiteur qui est un juge du tribunal d'instance.

- La particularité de ces conseils de prud'hommes tient également à leur procédure essentiellement orale. Par ailleurs, les plaideurs doivent à chaque fois passer par une phase de conciliation et si aucun accord ne s'établit entre les parties le procès se poursuit dans sa phase contentieuse devant le bureau de jugement. Chaque conseil de prud'hommes est divisé en cinq sections : industrie, commerce, agriculture, activités diverses, et encadrement.

Le tribunal paritaire des baux ruraux

- Les Tribunaux paritaires des baux ruraux sont compétents pour connaître des litiges entre les bailleurs et les preneurs d'un bail rural.

- Ces tribunaux sont formés en nombre égal de représentants de bailleurs et de preneurs. Toutefois à la différence de ce qui existe devant le conseil de prud'hommes, on y pratique ce que l'on appelle l'échevinage, c'est-à-dire qu'un juge professionnel est appelé à se joindre à la formation de jugement : c'est le juge d'instance qui est appelé et il est en charge de la présidence de cette juridiction.

Le Tribunal des affaires de Sécurité sociale

Quant aux tribunaux des affaires de Sécurité sociale, leur tâche consiste à trancher l'ensemble des litiges intervenant entre les caisses de Sécurité sociale et les assurés. Il s'agit de juridictions collégiales, mais également paritaires. Le président de cette juridiction est un juge du tribunal de grande instance, et les assesseurs sont nommés pour trois ans par le premier président de la cour d'appel. Les assesseurs sont constitués d'un représentant des salariés, et d'un représentant des employeurs.

Le juge de proximité

- Une dernière juridiction a été créée récemment, que l'on appelle le juge de proximité. Inscrit au programme électoral du président Chirac, ce juge a été mis en place par la loi du 9 septembre 2002 dans le ressort de chaque cour d'appel et ce juge unique a hérité d'une part limitée des compétences qui revenaient jusqu'alors aux tribunaux d'instance et aux tribunaux de police.

- Le juge de proximité est nommé pour sept ans.

- Il en existe un peu plus de 3 300 actuellement en France. Il ne s'agit pas de magistrats de profession. Le juge de proximité est chargé d'effectuer des vacations à temps partiel; il est nommé pour sept ans.

- Ce juge intervient pour trancher les petits litiges. Il est compétent pour juger en dernier ressort de toute action personnelle mobilière jusqu'à la valeur de 4 000 €. Il est également compétent pour connaître des contraventions de la première à la quatrième classe. Mais s'il rencontre une difficulté dans l'interprétation du droit, difficulté qui doit être sérieuse, ce juge de proximité a la possibilité, dans certaines conditions, de renvoyer les parties devant le tribunal d'instance, ce dernier statuant en tant que juge de proximité.

b. Les cours d'appel

- Les cours d'appel sont actuellement au nombre de 35 en France. La cour d'appel est la juridiction compétente pour connaître des affaires civiles en seconde instance.

- Pour saisir une cour d'appel, le plaideur qui n'est pas satisfait de la décision rendue en première instance devra former un appel : on dit qu'il interjette appel. Qu'est-ce que l'appel exactement ? C'est une voie de recours qui permet de déférer la décision rendue en première instance à une juridiction supérieure chargée de juger à nouveau la cause en fait

et en droit. La cour d'appel confirme ou affirme en la réformant la décision primitive. On parle ainsi selon le cas d'un arrêt confirmatif ou d'un arrêt infirmatif rendu par la cour d'appel.

- Toutefois certaines affaires ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un appel. Il s'agit par exemple des affaires jugées par le tribunal d'instance ou par le conseil de prud'hommes pour un montant inférieur à 4000 €, ce montant étant fixé réglementairement et révisé périodiquement.

2. Les juridictions pénales

Les juridictions répressives, dites également les juridictions pénales, sont compétentes pour connaître des infractions. Toutefois, ces juridictions ne constituent que des formations particulières des juridictions civiles.

a. Le tribunal de police

Le tribunal de police est compétent pour connaître des infractions les moins graves, celles qu'on appelle les contraventions. Il s'agit d'une formation du tribunal d'instance.

b. Le tribunal correctionnel

Le tribunal correctionnel est compétent pour connaître des infractions graves, les délits. Il s'agit d'une formation du tribunal de grande instance.

c. La Cour d'assises

Il n'y a finalement que la Cour d'assises qui constitue une juridiction particulière. Elle est compétente pour connaître des crimes, c'est-à-dire des infractions les plus graves. Cette juridiction n'est pas permanente. Elle siège par session, en général de 15 jours et elle est composée de trois juges professionnels - un président et deux assesseurs - mais également de neuf jurés tirés au sort sur les listes électorales. Les décisions prises par la Cour d'assises sont susceptibles d'appel devant une autre cour d'assises composée non plus de neuf mais de douze jurés.

d. Le juge d'instruction

- Il faut également noter qu'une affaire pénale doit, avant d'être jugée, faire l'objet d'une instruction. Le juge compétent en la matière est le juge d'instruction. Celui-ci est chargé de préparer et de mettre en état le dossier afin que la juridiction de jugement puisse statuer en toute connaissance de cause. Le juge d'instruction peut également décider de ne pas poursuivre. Dans ce cas, il prononce une ordonnance de non-lieu.

- Depuis l'affaire d'Outreau, il est apparu nécessaire de confier les instructions n'ont pas à un seul juge mais à deux juges d'instruction. En effet, depuis le 1er mars 2008 les dossiers concernant les crimes et délits les plus graves ou les plus complexes sont orientés vers ce que l'on appelle des pôles d'instruction. Deux juges peuvent être co-saisis sur un dossier et à partir du 1er janvier 2010 tous les dossiers d'instruction seront traités obligatoirement au sein des pôles par une formation collégiale de trois juges d'instruction.

- Les décisions rendues par les juges d'instruction sont susceptibles d'appel devant une chambre particulière de la cour d'appel : il s'agit de la chambre d'accusation.

L'appel des décisions des tribunaux de police et des tribunaux correctionnels s'effectuent devant la cour d'appel et plus particulièrement devant la chambre des appels correctionnels.

B. La Cour de cassation

Examinons maintenant le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation.

1. Le rôle

- La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction ; elle est là uniquement pour vérifier que les règles de droit reçoivent une application homogène sur l'ensemble du territoire. Elle assure ainsi l'application unifiée de la règle de droit. Son rôle n'est pas de rejurer les affaires comme peut le faire une cour d'appel, son rôle est de contrôler l'application du droit. Ainsi la Cour de cassation ne statue que sur des questions de droit et tient pour acquies les constatations de fait opérées par les juges du fond.

- Pour saisir la Cour de cassation le plaideur doit former un pourvoi en cassation, pourvoi contre la décision de la juridiction du fond.

- Si la Cour de cassation considère que les juges du fond ont fait une juste interprétation de la règle de droit, elle prononce un arrêt de rejet du pourvoi; la décision de la juridiction du fond est donc maintenue.

- Si la Cour de cassation estime que la décision des juges du fond a été mal rendue, elle la casse et rend un arrêt de cassation. Dans ces conditions, la Cour de cassation renvoie l'affaire devant une juridiction de fond autre que celle qui a, dans un premier temps statué. Cette juridiction de renvoi reprend entièrement l'affaire, et est libre de ne pas se conformer à l'arrêt de cassation. Si la juridiction de renvoi ne suit pas le sens de la décision de la Cour de cassation, il est possible de former un nouveau pourvoi en cassation. De nouveau saisie, la Cour de cassation se réunit alors en assemblée plénière pour rendre un nouvel arrêt. Si elle casse la décision de la juridiction de renvoi, l'affaire revient devant une troisième juridiction laquelle est tenue de suivre le sens de l'arrêt de cassation. Il est également possible que l'assemblée plénière se prononce exceptionnellement en fait et en droit une fois pour toutes sans qu'il soit nécessaire de renvoyer l'affaire devant une juridiction du fond.

2. L'organisation

- La Cour de cassation siège à Paris dans le palais de justice.

- Elle est composée de six chambres : cinq chambres civiles et une chambre criminelle. Parmi les cinq chambres civiles, trois - les trois premières - sont compétentes exclusivement en matière civile, la quatrième est compétente en matière commerciale, la cinquième matière sociale.

- Chacune des chambres comprend un président de chambre, des conseillers, des conseillers référendaires, des avocats généraux - ce sont les représentants du ministère public - , et un greffier de chambre.

C. Le personnel judiciaire

- Les juridictions judiciaires sont en principe servies par un corps unique de magistrats. Il existe toutefois quelques exceptions : par exemple les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, ainsi que le juge de proximité qui n'est pas un juge professionnel.

- S'agissant des magistrats professionnels il y a lieu de distinguer entre d'une part, les magistrats du siège, et d'autre part les magistrats du parquet. Ils appartiennent au même corps et sont recrutés par le même concours : le concours d'entrée à l'Ecole Nationale de la Magistrature. Mais en sortant de l'Ecole ils sont appelés à choisir entre le siège et le parquet. Ce choix n'est pas définitif car un magistrat peut à tout moment changer. Leurs fonctions

sont très différentes. Le magistrat du siège a seul la charge de juger : c'est celui qu'on appelle le juge. Le magistrat du parquet est, en revanche, le représentant de l'État et à travers cette représentation il va revendiquer l'application de la loi, il va requérir une peine d'où l'expression réquisitoire.

1. Les magistrats du siège

Les magistrats du siège sont dits également membres de la magistrature assise. Ils ont pour rôle de juger, de trancher les litiges.

a. Indépendance de l'autorité judiciaire

Cette fonction doit être à l'abri des pressions, notamment des pressions politiques. Cela explique que la Constitution consacre expressément l'indépendance de l'autorité judiciaire, indépendance dont le président de la République est garant.

b. Inamovibilité des magistrats du siège

L'alinéa 4 de l'article 64 de la Constitution dispose d'ailleurs que les magistrats du siège sont inamovibles. Cette règle les met à l'abri des révocations ou des affectations voulues par le pouvoir politique. Cette règle a même été précisée par l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui dans son article 4 précise que « le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement ». A cela s'ajoute que les magistrats du siège ne peuvent faire l'objet de sanctions que sur décision du Conseil supérieur de la magistrature (organe qui a pour fonction d'assurer la sauvegarde de l'indépendance de l'autorité judiciaire). On peut très certainement aujourd'hui considérer que la question de l'indépendance des juges est réglée de manière satisfaisante, au moins au regard du pouvoir politique. Cette indépendance se trouve renforcée par le principe de la collégialité, principe qui impose qu'une décision juridictionnelle soit prononcée non pas par un seul juge mais par plusieurs. Ce principe est une garantie de bonne justice et il protège l'indépendance du juge à l'égard des justiciables eux-mêmes, lesquels ne peuvent connaître l'opinion particulière de tel ou tel magistrat qui compose la formation de juge. Mais la collégialité est parfois écartée. Le juge d'instance statue seul, le juge de proximité également et devant les autres juridictions civiles il existe une possibilité de plaider devant le seul juge rapporteur dès lors que les parties sont d'accord sur ce point.

2. Les magistrats du parquet

Les magistrats du parquet constituent ce que l'on appelle également le ministère public. Leur fonction n'est pas de juger mais de représenter l'État et de requérir l'application de la loi au nom de l'État. Ce sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux. Cette magistrature est dite « debout » car sous l'Ancien Régime, elle se tenait debout sur le parquet alors que les magistrats du siège restaient assis.

a. Rôle du ministère public

- Le rôle du parquet est particulièrement important devant des juridictions pénales. Il a, en effet, le monopole de l'exercice des poursuites. Il est partie principale au procès pénal et joue le rôle d'accusateur. C'est à ce titre qu'il a la charge d'exercer l'action publique, c'est-à-dire l'action qui vise au prononcé de sanctions des actes délictueux.

- En revanche, devant les juridictions civiles, le parquet joue un rôle secondaire : on dit qu'il est partie jointe. Il n'a donc pas à plaider contre l'une ou l'autre des parties. Il se borne à donner son opinion. Cela explique qu'il n'y a de ministère public qu'auprès des grandes juridictions de droit commun : tribunal de grande instance, cour d'appel, Cour de cassation. Le chef du ministère public devant le tribunal de grande instance s'appelle le procureur de la République. Le chef du ministère public devant la Cour d'appel s'appelle le procureur général, ce dernier est assisté d'avocats généraux. Le chef du parquet devant la Cour de

cassation s'appelle le procureur général près la Cour de cassation et il est assisté lui-même d'avocats généraux.

b. Si la plume et serve la parole est libre

Le ministère public n'a pas le même statut que celui des magistrats du siège. Notamment, ces magistrats ne bénéficient pas du principe d'indépendance. Ils sont, certes, indépendants à l'égard des particuliers : ainsi ils peuvent déclencher l'action publique même si les particuliers ne le souhaitent pas. Ils sont également indépendants des magistrats du siège. En revanche, ils sont subordonnés au Garde des sceaux et ils doivent obéir aux injonctions, aux directives de l'autorité hiérarchique, à savoir celles du Garde des sceaux, des procureurs généraux et procureurs de la République. Cette obéissance n'est pas totale et les membres du parquet sont seulement tenus de requérir par écrit conformément aux instructions qui leur sont données. Mais ils restent libres de développer à l'oral des opinions différentes : cette règle est inscrite dans l'ordonnance de 1958 et procède d'un adage ancien selon lequel « si la plume est serve la parole est libre ».

§2 : Les juridictions de l'ordre administratif

Ces juridictions ont pour rôle de contrôler la légalité des actes de l'administration, et de statuer sur les litiges survenant entre les personnes publiques - notamment l'État - et les particuliers. Là encore on observe, comme en matière judiciaire, un double degré de juridiction complété par une juridiction suprême régulatrice, le Conseil d'État.

A. Les tribunaux administratifs

- Il s'agit des juridictions administratives de premier degré. Ces juridictions détiennent une compétence de droit commun. Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître de tout litige opposant un particulier à l'administration, à moins qu'un texte spécial n'ait attribué ce litige à une autre juridiction, une juridiction particulière.

- Les jugements rendus par les tribunaux administratifs sont, comme en matière judiciaire, susceptibles d'appel soit devant les cours administratives d'appel, soit devant le Conseil d'État.

- Les tribunaux administratifs sont dotés d'une institution particulière que l'on peut grosso modo présenter comme étant l'équivalent du ministère public dans les juridictions judiciaires : ce sont les rapporteurs publics appelés ainsi depuis 1er février 2009 et que l'on appelait auparavant commissaires du gouvernement. Le rôle des rapporteurs publics est d'analyser les affaires et de proposer au juge une solution. Et il reviendra au seul juge de la prononcer, de décider seul.

B. Les cours administratives

- Il s'agit de juridictions créées en 1987. Leur rôle est de permettre le désengorgement du Conseil d'État qui, à la différence de la Cour de cassation, agit soit en tant que juridiction de second degré soit en tant que juge du droit.

- Les cours administratives d'appel constituent les juridictions de droit commun du second degré qui connaissent en appel des affaires jugées par les tribunaux administratifs.

C. Le Conseil d'Etat

Au sommet de cette organisation juridictionnelle se trouve le Conseil d'État.

1. Organisation

- Le Conseil d'État est composé d'un président - le premier ministre - et également d'un vice-président qui exerce en fait les fonctions les plus importantes.

- Le Conseil d'État est divisé non pas en chambres, mais en sections, chacune composées d'un président, de conseillers, de maître de requêtes et d'auditeurs. Il existe six sections. Cinq d'entre elles sont des sections administratives chargées essentiellement de donner des avis sur les projets de textes réglementaires tels que des décrets. La sixième section est dite section du contentieux. C'est dans son cadre que s'exerce la fonction juridictionnelle. La sixième section du Conseil d'État est elle-même composée de 10 sous-sections qui constituent les formations ordinaires du jugement.

2. Fonctions

Le conseil d'Etat exerce deux fonctions principales.

a. Fonction contentieuse

- Le Conseil d'État est d'abord une juridiction. Le Conseil d'État, en effet, exerce une fonction juridictionnelle, on dit également une fonction contentieuse.

- Il est avant tout juge de cassation. Son rôle, comparable à celui de la Cour de cassation, consiste à vérifier l'homogénéité et la justesse de l'application du droit sur l'ensemble du territoire.

- Mais le Conseil d'État est également compétent en premier et dernier ressort pour certaines affaires. C'est notamment lui qui est chargé de se prononcer sur les recours en annulation contre les actes réglementaires tels que les ordonnances, les décrets, les règlements émanant des ministres. Dans ce cas, le Conseil d'État est juge unique et exclusif du litige considéré. Les arrêts qu'il rend sont insusceptibles d'appel et même de pourvoi en cassation.

- Le Conseil d'État peut aussi être compétent en appel pour certaines affaires jugées par les tribunaux administratifs. Par exemple, il est compétent pour connaître en appel des décisions rendues en matière d'élections municipales ou cantonales, ou encore pour connaître, toujours en appel, des recours pour excès de pouvoir contre les règlements pris par les maires.

b. Fonction administrative

A coté de cette fonction contentieuse, le Conseil d'État exerce aussi une fonction administrative. Il est consulté par le gouvernement avant l'adoption des projets de loi et de certains règlements. Il émet à cette occasion un avis ; ces avis étant préparés au sein des sections administratives.

§3 : Le tribunal des conflits

L'existence de deux ordres de juridictions - l'ordre judiciaire et l'ordre administratif - est de nature à susciter des conflits de compétence, dès lors que des juridictions s'opposent sur

leurs compétences respectives. Il existe une juridiction - le tribunal des conflits - qui est compétente pour résoudre la difficulté. Cette juridiction, chargée de dire quel est l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du litige, est composée d'un président et de huit membres : trois conseillers à la Cour de cassation et trois conseillers d'État, lesquels choisissent également deux autres membres : un conseiller à la Cour de cassation et un conseiller d'État.

§4 : Les décisions juridictionnelles

Il nous faut maintenant étudier la structure et les effets d'une décision juridictionnelle. Mais avant d'aborder cette structure et ses effets, il nous faut aussi apporter des précisions sur les termes utilisés pour qualifier ces décisions.

- On appelle ordonnances les décisions émanant d'un juge unique. Exemple : l'ordonnance d'un juge d'instruction.

- En revanche, on appelle jugements les décisions rendues par un tribunal statuant en première instance.

- On appelle arrêts les décisions des cours d'appel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

A. Structure des décisions juridictionnelles

1. Motifs et dispositifs

Les décisions juridictionnelles sont donc des actes émanant d'une juridiction collégiale ou d'un magistrat unique. Chacune de ces décisions comporte des motifs et un dispositif.

- Devant le juge judiciaire les motifs sont le plus souvent rédigés sous forme d'attendus. Ce sont les raisons qui justifient la décision. Dans ces attendus, le juge y mentionne les faits et les actes qu'il retient comme preuve établie. Il répond également aux prétentions qu'il repousse, et enfin il invoque les règles juridiques sur lesquelles il appuie sa solution.

- A la suite des motifs figure le dispositif. Le dispositif de la décision juridictionnelle est la partie la plus importante du jugement puisqu'il contient la solution du litige. Le juge accorde au demandeur le bénéfice de ses conclusions, ou à l'inverse le déboute en tout ou partie de ses demandes. Il prononce les condamnations ou ordonne des restitutions nécessaires. Il met également les frais de justice à la charge de la partie perdante, ce que l'on appelle les dépens.

2. Arrêts de rejet et arrêts de cassation

Concernant les arrêts de la Cour de cassation, il faut apporter quelques précisions tenant à leur particularité. On sait qu'un plaideur mécontent de la décision rendue en première instance peut former un pourvoi en cassation, lequel se définit comme un recours formé contre une décision rendue par une juridiction de fond. Un pourvoi est composé d'un ou de plusieurs moyens présentant le fondement de la demande en justice.

- La Cour de cassation peut décider de rejeter le pourvoi si elle estime la demande mal fondée.

- Mais elle peut aussi accueillir la demande. Dans ce cas elle va rendre un arrêt de cassation. La cassation est prononcée pour différentes raisons.

- La cassation peut d'abord être prononcée pour violation de la loi. C'est le principal motif de cassation, car en fait la Cour de cassation a pour rôle principal de vérifier que les règles de droit reçoivent une application homogène sur l'ensemble du territoire. La Cour de cassation contrôle donc l'interprétation qui est faite par les juges du fond de la loi.

- Mais la Cour de cassation a également un rôle, une fonction, de contrôle des motivations. Elle peut ainsi casser une décision rendue par un juge du fond pour défaut de base légale. Dans ce cas les éléments apportés par la juridiction sont considérés comme insuffisants pour permettre à la Cour de cassation de savoir si la loi a été bien ou mal interprétée.

- La Cour de cassation peut également casser la décision rendue par les juges du fond pour défaut de réponse à conclusions, également pour contradiction de motifs ou encore pour existence de motifs hypothétiques.

- Une fois que la décision est rendue et quelle que soit la nature de cette décision, elle est dotée de plusieurs effets. Notamment la décision rendue sera dotée, dit-on, de la force exécutoire. Elle a pour conséquence également de dessaisir le juge qui l'a prononcée. Nous verrons aussi qu'une décision a autorité de la chose jugée.

- Voyons d'abord la nature de cette force exécutoire. La décision du juge est une décision rendue par l'autorité publique, prise en France au nom du peuple français. Si les parties ne l'exécutent pas volontairement, la partie gagnante a le droit de faire exécuter ce qui a été décidé par la force publique. Pour qu'un jugement soit exécutoire, il faut qu'il ait acquis force de chose jugée, c'est-à-dire il faut qu'il ne soit susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, par exemple un appel. En revanche, en matière civile le pourvoi en cassation n'entraîne pas suspension de l'exécution. Ou dans le cas contraire, il faut qu'aucun recours n'ait été exercé dans les délais légaux.

- Nous l'avons dit, une fois que le jugement est rendu et cela dès son prononcé, il dessaisit le juge de la contestation qu'il prend.

- Enfin, on attache à la décision juridictionnelle une autorité particulière que l'on appelle autorité relative de la chose jugée.

B. L'autorité relative de la chose jugée

- L'autorité qui s'attache à la chose jugée est l'impossibilité de remettre en question le point sur lequel il a été statué. On explique en général cette autorité de la chose jugée par une présomption de vérité attachée à la décision du juge. Cette règle est justifiée surtout par des considérations de bonne administration de la justice. Il n'est pas sain, en effet, que les litiges s'éternisent.

- L'autorité de la chose jugée s'entend sur trois éléments qu'il convient d'isoler. Pour qu'elle soit invoquée, il faut d'abord qu'il y ait entre le procès précédent et la nouvelle demande une identité de l'objet du jugement. Il faut aussi qu'il y ait entre le procès précédent et la nouvelle demande une identité de la cause de la demande. Il faut enfin qu'il y ait identité entre les parties. Voyons successivement ces trois éléments qui doivent être cumulés.

1. L'identité d'objet

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. La chose demandée ne peut être la même entre deux procès. Mais cela ne signifie pas qu'il y a

identité d'objet si la même chose matérielle est demandée. Il n'y a lieu à exception de la chose jugée que si l'on réclame le même droit sur la même chose. Ainsi après avoir demandé sans succès la reconnaissance d'un droit de propriété sur une maison, on peut refaire un procès avec les mêmes parties en invoquant sur cette même maison un droit d'usufruit.

2. L'identité de la cause

Pour opposer l'argument de l'autorité de la chose jugée, il faut également qu'il y ait identité de cause. La cause d'une demande est le fait ou l'acte qui constitue le fondement direct et immédiat du droit que l'on prétend invoquer. Par exemple, si un plaideur a vainement poursuivi la nullité d'un testament pour vice de forme, ce même plaideur pourra par la suite demander la même nullité pour un autre motif, tel que l'insanité d'esprit du testateur au moment de la rédaction du texte.

3. L'identité entre les parties

Enfin pour opposer l'autorité de la chose jugée à un plaideur, il faut qu'il y ait dans la nouvelle demande identité des parties, identité des personnes. Cette condition exprime le principe de l'autorité relative de la chose jugée. Le même procès avec identité d'objet et identité de cause ne peut avoir lieu avec les mêmes personnes. En revanche, si les personnes sont différentes, même si l'objet et la cause sont identiques, la deuxième demande est recevable.

Chapitre 6

L'application des normes dans le temps les droits subjectifs

§1 : L'application des normes dans le temps

• L'entrée en vigueur d'une loi nouvelle soulève la question de savoir sur quel territoire elle doit s'appliquer. Le Code civil y répond en prévoyant à l'article 3 que la loi s'applique sur l'ensemble du territoire français. On dit ainsi que la loi répond au principe de territorialité. Nous avons déjà évoqué ce principe, il est inutile de revenir sur ce sujet.

• Mais l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle soulève aussi la question de savoir dans quelles conditions s'opère sa substitution à la loi antérieure. En d'autres termes, il faut préciser le champ d'application de la loi nouvelle. Un exemple permet d'illustrer ce problème. Deux personnes ont conclu en 1965 un contrat de prêt moyennant le paiement d'intérêts à un taux déterminé, puis une loi du 28 décembre 1966 est venue ensuite fixer un plafond au-dessus duquel les taux d'intérêt sont considérés et sanctionnés en tant que tels comme usuraires. La question est la suivante : cette loi postérieure à la convention des parties leur est-elle applicable, notamment avant son entrée en vigueur ? Ce problème est celui de l'application des lois dans le temps ou, dit-on aussi, du droit transitoire.

→ Le problème de l'application du droit transitoire est le plus souvent résolu par le législateur lui-même qui insère dans le texte de loi des dispositions dites transitoires. Ces dispositions ont alors pour objet de déterminer dans quelles conditions va s'opérer le passage, la transition du régime antérieur au régime nouveau.

→ Mais il arrive que la loi reste silencieuse sur ce point. On applique alors les principes inscrits à l'article 2 du Code civil : la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Alors avant d'étudier cet effet immédiat de la loi nouvelle, nous allons voir d'abord que cette loi nouvelle n'est pas rétroactive.

A. La non rétroactivité de la loi nouvelle

1. Le principe

La non rétroactivité de la loi nouvelle signifie qu'une loi nouvelle n'est pas de nature à bouleverser les situations juridiques antérieures à son entrée en vigueur. Il est d'ailleurs interdit de revenir non pas seulement sur la constitution d'une situation juridique donnée - antérieure donc à la loi nouvelle - mais aussi sur les effets passés d'une situation juridique antérieurement constituée. Pour reprendre l'exemple précédent- celui du prêt d'argent - il ne saurait être question pour l'emprunteur de se prévaloir de la loi sur les taux usuraires pour considérer que les intérêts versés entre 1965 et la date d'entrée en vigueur de la loi de 1966 sont usuraires.

2. Les exceptions

Il existe dans notre système juridique des exceptions au principe de la non rétroactivité de la loi nouvelle.

a. La loi expressément rétroactive

• Le principe de non rétroactivité s'impose au juge. Il s'impose également au pouvoir réglementaire. Mais il ne s'agit pas d'un principe constitutionnel et le législateur peut très bien adopter une loi qu'il va déclarer rétroactive en tout ou partie. Heureusement ces lois sont assez rares car elles se heurtent à l'impératif de sécurité juridique. Il ne faut pas perdre de vue l'idée que la règle de droit est destinée à organiser la vie sociale et à établir des rapports stables et harmonieux entre ceux qui l'animent. La rétroactivité des lois est précisément un instrument qui ne sert pas à l'harmonie sociale. Il faut bien comprendre en effet que les personnes agissent, se déterminent souvent en fonction de l'état du droit. Ce serait les surprendre que de vouloir modifier ce qui s'est déjà accompli. Il faut d'ailleurs noter que pour le Conseil constitutionnel, une disposition rétroactive suppose un motif d'intérêt général suffisant : cela a déjà été jugé en matière fiscale.

• La Cour européenne des droits de l'homme a développé, elle aussi, une jurisprudence tendant à limiter le champ de la rétroactivité des lois nouvelles. Certes, elle reconnaît à la loi le pouvoir de disposer de façon rétroactive, mais elle retire au législateur ce pouvoir lorsqu'il s'agit pour les pouvoirs publics d'intervenir en faveur de la puissance publique sur la solution d'un procès auquel elle est directement ou indirectement partie. A cela toutefois, il est fait exception lorsqu'il existe des motifs impérieux d'intérêt général justifiant donc cette rétroactivité.

b. les lois pénales « plus douces »

La deuxième exception importante au principe de non rétroactivité relève du droit pénal. Les lois pénales plus douces, c'est-à-dire moins sévères, ont nécessairement un effet rétroactif. Cette exception s'est même vue reconnaître valeur constitutionnelle. Elle se justifie par le principe de la liberté individuelle, laquelle doit reprendre le plus tôt possible son empire.

c. les lois interprétatives

La troisième exception concerne les lois interprétatives.

• Une loi interprétative se définit comme un texte qui vient préciser le sens d'une loi antérieure. Cette fonction d'interprétation lui confère alors une rétroactivité naturelle, car la loi nouvelle ne fait qu'expliquer la loi ancienne.

• La difficulté que rencontre le juge est alors de reconnaître une loi interprétative. La loi n'est pas toujours claire sur ce point. Le juge a le pouvoir de dire qu'une loi est interprétative même si elle ne s'est pas déclarée expressément en tant que telle. Selon la Cour de cassation, une loi ne peut être considérée comme interprétative que tant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse.

B. L'effet immédiat de la loi nouvelle

Deuxième temps de la règle exprimée à l'article 2 du Code civil : l'effet immédiat de la loi nouvelle.

1. Le principe

Le principe selon lequel la loi nouvelle a un effet immédiat s'explique par deux raisons principales.

• La première est celle de l'opportunité. En effet, si le législateur adopte une loi nouvelle, c'est dans l'objectif d'améliorer l'état du droit. La loi nouvelle est présumée meilleure, en

toute hypothèse, que l'ancienne. Il est donc raisonnable qu'elle se substitue à l'ancienne et cela le plus rapidement possible.

- Une deuxième raison justifie l'application du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle : elle est tirée du principe de l'égalité des citoyens devant la loi. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 - à laquelle nous l'avons dit renvoie le préambule de la Constitution de 1958 - dispose, en effet, que la loi doit être la même pour tous. Elle doit alors s'appliquer à toutes les situations à venir, mais également aux situations passées dont les effets se poursuivent dans le temps. Il faut toutefois, sur ce point, distinguer entre les situations de nature légale et les situations contractuelles.

2. Les exceptions

a. les situations juridiques légales

Il y a d'abord des situations juridiques dites légales - selon la terminologie de Paul Roubier - qui se caractérisent par le fait qu'elles relèvent de la compétence exclusive du législateur. En bref, il s'agit de matières qui échappent à la volonté des parties. On peut citer à titre d'exemple le divorce : on ne choisit pas en effet les règles de son divorce. On peut citer également le statut des fonctionnaires : le fonctionnaire ne choisit pas son statut, il le subit. Ces situations légales obéissent ainsi à la loi nouvelle.

b. La survie de la loi ancienne en matière contractuelle

- En revanche, la solution est différente pour les situations juridiques contractuelles. En effet, en matière contractuelle on écarte le principe de l'application de la loi nouvelle. On évoque plutôt une autre règle dite de la survie de la loi ancienne. Cette règle est logique. Les situations contractuelles sont celles qui naissent de la volonté des parties. Elles sont entre les mains des parties et il est naturel que ces volontés soient respectées. On tient compte ici des révisions contractuelles des parties. Il n'est pas rare de lire dans la jurisprudence de la Cour de cassation l'expression suivante : les effets d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par la disposition de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été passé. Il s'agit donc ici d'une exception importante au principe selon lequel la loi nouvelle est d'application immédiate.

- Mais cette exception peut disparaître dans certaines situations et l'on retrouve alors l'application du principe, celui de l'effet immédiat de la loi.

- L'exception cède lorsque le législateur décide lui-même et expressément que la loi nouvelle devra s'appliquer même aux situations contractuelles en cours.

- Cette exception cède également lorsque la loi doit être considérée comme d'ordre public - comme par exemple en droit du travail - ou lorsqu'elle est à l'origine d'une réglementation institutionnelle de la compétence exclusive du législateur.

C. La rétroactivité de la jurisprudence

Contrairement au principe de la non rétroactivité de la loi nouvelle, c'est le principe contraire qu'il faut retenir à l'égard de la jurisprudence.

1. La précarité naturelle de la jurisprudence

Les revirements de jurisprudence, notamment, sont de nature rétroactive. Etant chargée d'appliquer la loi, la jurisprudence peut, en effet, être amenée à faire évoluer un texte, ou plus simplement à en changer l'interprétation. Et rien dans la loi ne s'oppose à ces

variations. Tout au contraire, la loi interdit aux juges de se lier pour l'avenir par les décisions qu'ils rendent. Nous avons déjà évoqué cette prohibition, c'est celle des arrêts de règlement, qu'énonce l'article 5 du Code civil. La précarité de la jurisprudence se conjugue donc avec sa rétroactivité. En effet, le juge doit se conformer à la loi. Plus exactement, lorsqu'il interprète une règle, il se fait le porte-parole du législateur et il devient normal que la nouvelle interprétation de la loi soit applicable à des faits antérieurs à la décision, dès lors que ces faits sont postérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi interprétée.

2. Les dangers de la rétroactivité de la jurisprudence

Cette rétroactivité est certes logique mais elle reste très critiquée car le plaideur, qui pourtant s'est conformé à l'interprétation de la loi telle qu'elle était acquise à l'époque des faits, va finalement perdre son procès à la suite de la nouvelle interprétation de cette même loi. Cette situation est désastreuse pour les plaignants et elle doit incliner le juge à ne consacrer un revirement de jurisprudence que de façon exceptionnelle, lorsque celui-ci est imposé par des raisons impérieuses.

3. Les remèdes apportés à la rétroactivité

- Reprenant certaines idées développées par la doctrine - notamment par M. Mouly et M. Molfessis - le Conseil d'État et la Cour de cassation s'accordent aujourd'hui à paralyser à titre exceptionnel la rétroactivité de certaines décisions judiciaires.

→ Concernant l'ordre administratif, on peut citer l'arrêt du Conseil d'État en date du 11 mai 2004 : le juge a accepté une limitation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, en lui faisant produire effet soit à la date de la décision, soit à une date ultérieure qu'il détermine. Le Conseil d'État nous indique également qu'il ne s'engage sur cette voie que lorsque des conséquences manifestement excessives apparaissent attachées au maintien d'un effet rétroactif à l'annulation. Le Conseil d'État préconise cependant, lorsque le juge administratif entend moduler dans le temps les effets de cette annulation, d'inviter les parties en présence à en discuter avec lui. Apparaît ici l'idée de la nécessité d'une concertation préalable avec les intéressés avant de prendre une décision qui reste de nature dérogatoire. On retiendra aussi de l'arrêt du 11 mai 2004 qu'une telle paralysie de la rétroactivité de l'annulation doit rester sans effet sur le sort des autres actions contentieuses déjà engagées.

→ On peut aussi citer un exemple dans l'ordre judiciaire : un arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2006. Dans cette affaire mettant en cause un délai de prescription applicable aux actions civiles fondées sur une atteinte à la présomption d'innocence, le juge a admis qu'il était nécessaire d'écarter l'application immédiate de la loi dans l'instance en cours, et cela pour ne pas priver la victime d'un procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge. En fait, le rejet ici de la nouvelle interprétation de la loi trouve son fondement dans l'idée qu'il est nécessaire de préserver le droit d'agir de la victime.

- De ces deux exemples tirés l'un de la jurisprudence administrative, l'autre de la jurisprudence judiciaire, il apparaît la volonté de laisser au plaideur la possibilité de s'adapter pour l'avenir à la nouvelle interprétation. Les juges sont soucieux d'établir un droit transitoire du revirement, ce qui finalement tend à confirmer que la jurisprudence est elle-même source du droit.

§2 : Les droits subjectifs

A. Classification des droits subjectifs

Rappel (cf. introduction) : les droits subjectifs sont les prérogatives - on dit aussi les intérêts - que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit de sujets donnés, ce qui explique d'ailleurs l'expression de droits subjectifs. Les sujets de droit ne sont pas ici considérés comme des personnes soumises à un souverain, mais comme les bénéficiaires de prérogatives reconnues et protégées par le système juridique.

Ces droits subjectifs peuvent être répartis en deux catégories : il y a d'abord les droits patrimoniaux ; il y a ensuite les droits extrapatrimoniaux.

1. Les droits subjectifs patrimoniaux

Avant même d'étudier ces droits patrimoniaux, de les identifier, il nous faut aborder la notion juridique de patrimoine.

a. Notions

a1. Notion de patrimoine

- Classiquement, le patrimoine désigne l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagés comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique.

- Ainsi défini, le patrimoine sera composé des biens d'une personne et des droits dont elle dispose contre autrui, notamment des créances. Ces biens et ces créances forment l'actif du patrimoine. Le patrimoine est également composé des dettes de la personne constituant le passif.

- En évoquant tout à l'heure l'idée d'une universalité, c'est-à-dire d'une unité juridique, on indique que l'actif ne peut pas être séparé du passif. L'actif, dit-on, va répondre du passif. En effet, les créanciers d'une personne peuvent se faire payer sur l'ensemble de ses actifs. Si l'actif et le passif sont nuls, le patrimoine ne disparaît pas pour autant. Car le patrimoine, du point de vue juridique, est distinct des éléments qui le composent. Le patrimoine est un contenant non pas un contenu. Il reste attaché à la personne jusqu'à sa mort. On dit aussi que le patrimoine est une universalité évolutive. Il peut s'appauvrir, il peut s'enrichir, des biens peuvent s'y accumuler mais également disparaître. Le patrimoine est donc une universalité en mouvement, fluctuant au jour le jour, en fonction des entrées et sorties de valeurs.

- La doctrine classique considère, en effet, que le patrimoine est une émanation de la personnalité juridique. Le patrimoine est attaché à l'existence même de la personne et on en déduit trois conséquences :

- Seules les personnes ont un patrimoine. Les personnes, ce peut être une personne physique comme une personne morale, mais seules les personnes disposent d'un patrimoine.

- Deuxième conséquence : toute personne a un patrimoine mais n'en a qu'un seul, conformément au principe d'unité du patrimoine. Ainsi un commerçant, personne physique, n'a qu'un seul patrimoine. Les biens de son patrimoine répondent de toutes ses dettes civiles et commerciales. Ainsi en cas de liquidation de son commerce, s'il reste des dettes, les créanciers pourront saisir ses biens personnels.

- Enfin troisième conséquence : le patrimoine est inséparable de la personne. Il sera transmis à la mort de la personne. Il est indisponible entre vifs. Il est, en revanche, transmissible à cause de mort aux héritiers. Ces derniers recueillent ainsi le solde de l'actif et du passif. Si le solde est négatif, ils peuvent refuser la succession ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

- Cette conception classique du patrimoine a été souvent critiquée car elle ne permettrait pas, comme le préconise la théorie du patrimoine d'affectation, de réserver, d'affecter une partie du patrimoine d'une personne aux risques d'une activité commerciale, libérale, agricole ou artisanale. Aujourd'hui, dès lors qu'une personne exerce une activité professionnelle de nature à créer des dettes, on considère, par principe, que les créanciers peuvent, en cas de défaillance de l'entrepreneur, se faire payer sur l'ensemble de ses biens et cela en raison du principe d'unicité du patrimoine.

a2. Notion de patrimoine d'affectation ; la fiducie

Mais il existe des solutions qui permettent d'établir une certaine distance entre le patrimoine d'une personne, son patrimoine individuel, et les créanciers à l'occasion d'une activité particulière.

- La première, classique, passe par la constitution d'une personne morale et l'apport à cette personne d'un capital venant garantir le paiement des dettes créées par la personne morale.

- La seconde, longtemps attendue, est née de la loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Elle consiste pour une personne – appelée le constituant – à passer un contrat en vue de transmettre un bien ou un droit à quelqu'un – appelé le fiduciaire – qui s'engage à le gérer au profit du constituant pendant une durée déterminée et à lui restituer à l'issue du contrat. Cette opération trouve sa place en particulier dans les activités bancaires à travers la gestion de biens et la constitution de sûretés. Dans cette hypothèse, les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de la fiducie forment désormais un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce patrimoine font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

a3. Le droit patrimonial

Cette notion de patrimoine étant maintenant définie, nous comprenons mieux ce qu'est un droit patrimonial.

- Un droit patrimonial est un droit appréciable en argent. Il représente une valeur économique. Il est, selon l'expression de l'article 1128 du Code civil, dans le commerce.

- Le titulaire de droits patrimoniaux peut les vendre, peut aussi les céder à titre gratuit dans le cas de libéralités. On dit à ce sujet que les droits patrimoniaux sont cessibles entre vifs.

- Certes, la règle n'est pas absolue. Par exception, certains droits, bien que patrimoniaux, sont frappés d'indisponibilité car ils sont inhérents à la personne de leur titulaire. Et on citera à titre d'exemple la pension alimentaire qui reste indisponible, car il est de son essence d'être finalisée par le besoin personnel qu'en éprouve son titulaire.

b. Classification des droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux peuvent se répartir en trois catégories. Il y a : les droits réels, les droits personnels et enfin les droits intellectuels.

b1. Les droits réels : les droits réels principaux, les droits réels accessoires

Réels vient de *res, rei* (la chose en latin), ce sont donc des droits qui portent sur une chose. Le droit réel peut être défini comme le pouvoir juridique exercé directement sur une chose. Le droit réel permet de retirer de cette chose tout ou partie de ses utilités économiques. Il existe des droits réels principaux et des droits réels accessoires.

• **Les droits réels principaux.** Ils sont dits principaux car ils permettent une utilisation directe de la chose.

→ Il s'agit, par exemple, du droit de propriété. C'est le droit réel le plus complet. Le titulaire d'un droit de propriété détient les trois prérogatives que l'on peut exercer sur une chose. Il a le droit d'utiliser la chose : l'*usus*. Il a le droit d'en percevoir les fruits tels qu'un loyer : c'est le *fructus*. Il a le droit de disposer de la chose : on dit aussi qu'il a l'*abusus*, c'est-à-dire par exemple le vendre, l'aliéner.

→ Mais parmi les droits réels principaux, il faut aussi compter sur ce qu'on appelle parfois les droits réels démembrements du droit de propriété. Ces droits confèrent à leur titulaire une partie seulement des prérogatives du droit de propriété, car il s'exerce sur la chose d'autrui.

* On distingue notamment l'usufruit de la nue-propriété. Qu'est-ce que l'usufruit ? L'usufruit permet à l'usufruitier d'utiliser et de louer la chose, alors que l'*abusus* revient au nu-propriétaire.

* On cite également comme exemple important la servitude. Dans le cadre d'une servitude, le titulaire du droit dispose seulement d'une partie de l'*usus*, tel qu'un droit de passage sur le terrain d'autrui.

• **Les droits réels accessoires.** Ces droits accessoires sont en fait l'accessoire d'un droit de créance dont ils constituent la garantie.

→ En d'autres termes, ils existent pour garantir le paiement d'une dette d'argent et confèrent à leur titulaire un droit sur la valeur de la chose.

→ Parmi les droits réels accessoires, on peut d'abord citer le gage qui consiste pour un débiteur à remettre à son créancier un bien meuble en garantie de la dette. Mais il y a aussi en matière immobilière l'hypothèque, qui consiste pour un débiteur à donner un immeuble en garantie de la dette.

→ Dans ces deux exemples, si le créancier n'est pas payé à l'échéance, il peut faire vendre le bien, meuble ou immeuble, afin de se faire payer sur le prix de vente par préférence aux autres créanciers.

b2. Les droits personnels

Le droit personnel peut se définir comme le droit qu'une personne exerce contre une autre personne : on l'appelle également droit de créance. Il permet aux créanciers d'exiger de son débiteur qu'il exécute une prestation. Un exemple : dans un contrat de vente, le vendeur va exiger de l'acheteur le paiement du dû.

Intérêts de la distinction entre droits réels et droits personnels : opposabilité du droit réel, droit de suite, droit de préférence

Il existe de nombreuses distinctions entre le droit réel et le droit personnel.

• Première distinction : on dit que le droit réel, en tant qu'il porte sur une chose, est un droit opposable à tous. En revanche, le droit personnel de caractère relatif n'existe que dans les rapports entre deux personnes. On oppose ainsi le caractère absolu du droit réel, qui est opposable à tous, au caractère relatif du droit personnel qui n'existe que dans les rapports entre deux personnes.

• On dit également que le titulaire d'un droit réel peut suivre la chose en quelques mains qu'elle se trouve. C'est là que réside la supériorité du droit réel sur le droit personnel. Le

titulaire d'un droit réel dispose d'un droit de suite sur la chose. Il en va autrement pour le titulaire d'un droit personnel qui ne peut le réclamer qu'à son débiteur.

- On dit enfin que le titulaire d'un droit réel dispose d'un droit de préférence. Cela signifie qu'il peut opposer son droit à tout détenteur actuel de son bien. On dit qu'il sera préféré à tout créancier du détenteur, c'est-à-dire que les créanciers ne pourront vendre ce bien pour se faire payer. Rien de tel n'existe pour le droit personnel. Le titulaire d'un simple droit de créance, donc un droit personnel, est désigné comme un créancier chirographaire, c'est-à-dire qu'il ne bénéficie d'aucune garantie particulière pour le recouvrement de son dû. Il ne bénéficie d'aucune préférence et reste en concours avec les autres créanciers dans le partage du produit de la vente des biens du débiteur défaillant.

b.3 Les droits intellectuels

- Le droit intellectuel est un droit qui porte sur une chose immatérielle, incorporelle, cette chose étant le fruit de l'activité créatrice de son titulaire. Ce sera, par exemple, une création industrielle, une création littéraire, une création artistique.

- Ces droits intellectuels, qui portent sur une chose impalpable, incorporelle, confèrent à leur titulaire notamment un monopole d'exploitation. Le titulaire pourra exploiter commercialement un brevet, une marque, un nom commercial, une enseigne.

- Les droits intellectuels sont nombreux et ne font pas l'objet d'un régime juridique unique.

2. Les droits extrapatrimoniaux

A côté des droits patrimoniaux, il faut évoquer les droits extrapatrimoniaux, qui sont également des droits subjectifs mais qui ne sont pas appréciables en argent. Les droits extrapatrimoniaux, comme leur nom l'indique, ne rentrent pas dans le patrimoine.

a. Libertés et droits fondamentaux

Dans cette catégorie des droits extrapatrimoniaux, on va ranger d'abord les droits fondamentaux et politiques de l'individu. Ce sont ces droits, on dit également ces libertés, qui sont reconnus à toute personne dans ses rapports avec l'État, également d'ailleurs dans ses rapports avec les particuliers et cela pour certaines libertés fondamentales. On peut citer comme exemple la liberté de pensée, la liberté de croyance, la liberté d'expression, ou encore la liberté du culte, reconnues par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

b. Les droits de la personnalité

On range aussi dans cette catégorie des droits extrapatrimoniaux les droits attachés à la personnalité du titulaire. Il s'agit ici de droits qui sont inhérents à la personne, et à ce titre, ils ne sont pas appréciables en argent. Ces droits protègent les caractéristiques physiques, morales et sociales de l'individu : on les appelle droits de la personnalité.

- Parmi ces droits de la personnalité, il faut citer d'abord le droit à l'intégrité physique. Chacun peut obtenir réparation du préjudice né de l'atteinte à son corps. Il existe, par ailleurs, des sanctions pénales à l'égard des auteurs d'homicide et de coups et blessures volontaires ou par imprudence. On notera aussi qu'il faut obtenir le consentement d'une personne pour pratiquer sur elle une intervention chirurgicale. Il faudra également obtenir son consentement pour qu'elle se soumette à un traitement médical.

→ Mais il existe certains tempéraments à ce principe. Un juge notamment peut ordonner une autopsie. Le gouvernement peut imposer des vaccinations obligatoires.

- Les droits attachés à la personne ne visent pas seulement à protéger l'intégrité physique de la personne. Ils peuvent aussi servir à protéger l'intégrité morale de l'individu. Nous pouvons citer à ce titre le droit au respect de la vie privée, le droit d'image, le droit au nom, le droit à l'honneur et à la considération, le droit à l'inviolabilité du domicile.

- Classiquement aussi on admet que les droits moraux de la personne sur l'œuvre qu'elle crée sont des droits de la personnalité.

c. Les droits de la famille

Enfin dernière catégorie de droits extrapatrimoniaux : les droits de la famille. Ces droits ont pour fondement l'organisation juridique de la famille.

- Ils peuvent, par exemple, résulter du mariage. Ils consistent pour chaque époux notamment à espérer obtenir l'exécution par son conjoint des obligations prévues par la loi : obligation de fidélité, mais également obligation de secours et d'assistance, l'assistance ici se traduisant en particulier par le soutien moral que l'on doit attendre de son conjoint.

- Les droits de la famille peuvent également résulter de la parenté. Ils découlent, par exemple, de l'autorité parentale et imposent aux parents de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et de permettre son développement dans le respect dû à sa personne.

- Dans cette dimension, les droits de la famille apparaissent de nature extrapatrimoniaux.

B. Les sources des droits subjectifs

Il reste à se demander comment naissent les droits subjectifs. Il y a deux sources classiques distinctes de droits subjectifs : le droit subjectif peut d'abord naître d'un acte juridique, mais il peut aussi naître d'un fait juridique.

1. Les actes juridiques

- Qu'est-ce que c'est qu'un acte juridique ? C'est une manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques. C'est, par exemple, le cas de ce travailleur qui signe un contrat de travail. Mais ce peut-être aussi cette personne qui achète une maison.

- Il existe une très grande variété d'actes juridiques.

- On oppose notamment l'acte juridique unilatéral à l'acte juridique plurilatéral. Le testament, qui est l'acte par lequel une personne dispose pour le temps où elle ne sera plus de tout ou partie de ses biens, est un exemple classique d'acte juridique unilatéral. Le contrat, que l'on peut définir comme une convention tendant à créer une obligation à la charge d'une ou plusieurs personnes envers une ou plusieurs autres, est un exemple d'acte bilatéral.

- Il existe aussi d'autres distinctions au sein des actes juridiques, telle notamment la distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit.

- Comment reconnaît-on un acte juridique ?

- L'acte juridique est d'abord un acte de volonté, une manifestation de volonté. L'acte qui forme la matière de l'acte juridique est, par hypothèse, un agissement volontaire d'une ou de plusieurs personnes. L'acte juridique suppose donc la liberté du consentement et sa lucidité. Il faut d'ailleurs dans notre système juridique distinguer l'acte écrit, qui

permet de constater l'opération juridique, de l'opération juridique elle-même. L'acte juridique n'est pas du papier, c'est une manifestation de volonté.

→ L'acte juridique se définit surtout et également par ses effets : il est source de droits subjectifs. Par exemple dans le cadre d'un contrat de vente, il va transférer un droit réel, un droit de propriété. L'acte juridique poursuit donc une finalité voulue par les parties. L'effet juridique n'est donc pas seulement l'objet de l'acte juridique, c'est également son but.

2. Les faits juridiques

Mais l'acte juridique n'est pas seul à créer des droits subjectifs : les droits subjectifs peuvent naître également de faits juridiques. Les faits juridiques constituent en effet la deuxième source importante de droits subjectifs.

• Qu'est-ce c'est qu'un fait juridique ? C'est un événement, un fait, volontaire ou involontaire, qui va entraîner des conséquences juridiques. La source créatrice de droit ne réside plus ici dans la volonté de l'homme mais dans la loi.

→ Il existe des faits juridiques intentionnels mais également des faits juridiques non intentionnels.

* A titre d'exemple de faits juridiques intentionnels, on peut citer les coups et blessures volontaires. Une personne blesse volontairement une autre avec l'intention de lui nuire. On parle aussi de délit civil.

* On peut aussi commettre un fait non intentionnel. Dans ce cas, le dommage n'a pas été recherché, il est causé par négligence ou imprudence. On parle alors de quasi-délit.

→ A côté des faits de l'homme, il existe aussi des faits qui sont dits naturels ou sociaux. La naissance, par exemple, est un fait juridique naturel. Parmi ces faits naturels ou sociaux on peut citer également le décès, la tempête ou un événement économique.

• Comme l'acte juridique, le fait juridique va produire, déclencher des effets de droit. Il est créateur de droits subjectifs.

→ Le délit et le quasi-délit vont engendrer la responsabilité civile. Ils font naître au profit de la victime un droit à réparation, une créance ; inversement ils mettent une dette à la charge de l'auteur du délit ou du quasi-délit.

→ Partons maintenant de l'exemple de la naissance. La naissance est à l'origine de conséquences juridiques. Elle fait, par exemple, acquérir des droits de la personnalité.

• Il existe toutefois une distinction fondamentale entre actes et faits juridiques. C'est la loi qui fait produire des effets juridiques à un fait, alors que dans l'acte juridique c'est la volonté d'un ou plusieurs hommes qui va produire des effets juridiques. Dans le fait juridique, même intentionnel, les conséquences juridiques ne sont pas voulues ; c'est le résultat que l'on recherche. Un exemple : blesser quelqu'un. Dans cet exemple, on ne recherche pas les conséquences juridiques que le législateur fait produire au fait, notamment une condamnation pénale par exemple.

Chapitre 7

Le procès

Lorsqu'un débiteur refuse de s'exécuter ou lorsqu'une infraction est commise, il peut devenir nécessaire d'agir en justice pour obtenir réparation.

Nous commencerons par présenter les principes fondamentaux qui gouvernent la justice avant d'aborder les conditions de l'action en justice et de poursuivre sur les caractères de l'instance. Nous terminerons ensuite par une étude des différentes sanctions et mesures que peuvent prononcer les juges.

§1 : Les principes fondamentaux de la justice

Voyons d'abord que les principes fondamentaux de la justice.

A. La primauté de la justice publique sur la justice privée

- Le premier principe est celui de la primauté de la justice publique sur la justice privée. En France en effet, seul l'État peut rendre la justice. Il est interdit de se faire justice soi-même. Il s'agit d'un principe d'ordre public.

- Il existe toutefois des exceptions : ce sont les procédures d'arbitrage utilisées le plus souvent dans les conflits qui opposent les commerçants entre eux. En revanche, L'arbitrage est interdit dans les matières qui intéressent l'ordre public, telles que le divorce, la capacité des personnes, les infractions à la loi pénale.

- L'arbitre, choisi par les parties, peut-être un simple particulier désigné d'un commun accord par les cocontractants.

- Le recours à l'arbitrage se fait par la conclusion d'un acte juridique dénommé compromis. Mais pour prévenir un éventuel litige, on peut prévoir aussi dans un contrat, à froid donc, avant que le litige ne naisse, une clause compromissoire. La clause compromissoire est une clause par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage d'un tiers les différends qui pourraient naître relativement à ce contrat. Cette clause est licite dans les contrats entre commerçants. Mais elle est interdite entre les commerçants et les particuliers, et entre les particuliers.

- L'arbitre va rendre une sentence qui est susceptible d'appel devant les juridictions officielles.

- Quel est l'avantage de l'arbitrage ? C'est un procédé discret de règlement des litiges. De plus, il est plus rapide que le procès, lequel suit les voies officielles de la justice. Certains indiquent que l'arbitrage peut être peu coûteux, mais cela est discutable.

B. L'égalité devant la justice et sa gratuité

Deuxième principe fondamental que l'on retrouve donc dans le fonctionnement de notre justice : le principe d'égalité et son complément, le principe de gratuité de la justice.

- Tous les justiciables sont en effet égaux devant la loi. Ils ont droit de bénéficier des mêmes procédures. Même les incapables sous tutelle, les mineurs, peuvent agir en justice, cependant ils ne pourront le faire directement ; ce sont leurs représentants légaux qui exerceront en leur nom, l'action en justice.

- Pour garantir cette liberté d'accès à la justice, le droit français a également consacré le principe de la gratuité de l'accès à la justice. Ce principe de gratuité participe également de l'indépendance du juge, ce dernier n'étant pas payé par les parties, à la différence de ce que l'on pouvait observer au Moyen Âge à travers le paiement des épices au profit des juges. Actuellement le coût de fonctionnement des juridictions est pris en charge par l'État.

→ Cependant cette gratuité ne s'étend pas à certains auxiliaires comme les avocats. C'est pourquoi la loi du 3 janvier 1978 a rénové le dispositif d'aide judiciaire pour les justiciables qui bénéficient de revenus modestes : l'aide judiciaire qui s'appelle aujourd'hui l'aide juridictionnelle permet la prise en charge des frais de justice par l'État.

C. La continuité du service public judiciaire

Il faut aussi compter sur le principe de continuité du service public judiciaire. La justice en France est permanente et continue.

- Cela signifie qu'il n'y a pas de vacances judiciaires.

- Il existe, par ailleurs, devant les juridictions civiles des procédures d'urgence dites de référé qui permettent de saisir très rapidement un tribunal, même la nuit ou un jour férié.

- En outre, pour garantir la continuité du service public judiciaire, la loi de 1963 a privé les magistrats du droit de grève.

D. La collégialité

- Le principe de collégialité figure également au nombre de ces principes fondamentaux de la justice. En principe, la justice est rendue par plusieurs magistrats en nombre impair. Ils délibèrent à la majorité des voix. Ce principe de collégialité est une garantie de la qualité de la justice rendue, car la collégialité offre une possibilité de discussion mais également de contrôle réciproque entre les magistrats.

- Toutefois, il existe des procédures à juge unique.

→ Longtemps le juge d'instruction était seul à instruire les affaires importantes. Mais on sait désormais qu'ils se réunissent au sein d'un pôle d'instruction.

→ La procédure de référé devant le tribunal de grande instance est également une procédure impliquant une personne, un seul juge. La décision est rendue par le président du Tribunal de grande instance, ou à défaut par le juge le plus ancien dans la juridiction.

→ On peut citer également comme juge unique, le juge d'instance ou le juge de proximité.

→ Rappelons que la décision rendue par un juge unique s'appelle une ordonnance : ordonnance de renvoi ou ordonnance de non-lieu pour un juge d'instruction ; ordonnance de référé dans le cadre de la procédure de référé.

§2 : L'action en justice

L'action en justice est subordonnée à trois conditions pour être recevable. Première condition : la capacité de celui qui agit ; deuxième condition : l'intérêt à agir du plaideur ; troisième condition : la qualité qui justifie l'action en justice.

A. La capacité

Pour agir en justice, il faut disposer de la personnalité juridique. Mais cela ne suffit pas car certaines personnes ne sont pas dotées d'une pleine capacité juridique. Il faut alors distinguer selon les incapacités.

- Tantôt l'incapable ne peut agir en justice, c'est alors son représentant légal qui pourra agir en son nom : tel est le cas du mineur non émancipé ou du majeur en tutelle, c'est le parent du mineur qui agira sa place, ou le tuteur du majeur en tutelle qui exercera l'action au nom du majeur. Mais il existe aussi quelques exceptions. Le majeur en tutelle peut, par exemple, seul demander en justice la cessation de la tutelle.

- Tantôt l'incapable, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé, assisté, contrôlé dans certains actes de la vie civile. Par exemple, un majeur placé sous le régime de la curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, intenter des actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux.

Mais le principe demeure que toute personne a, en principe, la capacité à agir en justice.

B. L'intérêt à agir

Deuxième condition : l'intérêt à agir. On ne peut agir en justice que si l'on y a intérêt et dans la mesure de cet intérêt. C'est ce qu'exprime un vieil adage « pas d'intérêt, pas d'action ». La raison de cette condition se trouve dans la volonté de ne pas engorger les tribunaux ; les juges ont assez de tâches pour ne pas être dérangés inutilement.

Cet intérêt à agir doit présenter certains caractères.

1. L'intérêt légitime

D'abord l'intérêt doit être légitime. C'est pour cette raison que la jurisprudence a, pendant longtemps, refusé à la concubine toute action en dommages-intérêts contre le tiers responsable du décès accidentel de son concubin.

2. L'intérêt né et actuel

L'intérêt doit être né et actuel : cela signifie que l'action est irrecevable si le préjudice est simplement éventuel, hypothétique. Mais on peut tout de même demander réparation d'un préjudice futur dès lors qu'il est certain : on peut avoir un intérêt né et actuel à demander réparation du préjudice qui se réalisera nécessairement.

3. L'intérêt direct et personnel

- Enfin, l'intérêt doit être direct et personnel. Il appartient, en effet, à chacun de veiller à ses intérêts, de les défendre.

- Mais une difficulté apparaît à l'égard des groupements dotés de la personnalité juridique. La règle demeure que pour ces groupements, tels que les sociétés, peuvent agir

en justice pour la défense de leur intérêt personnel. Mais par exception, la loi autorise certains groupements à agir en justice en défense d'intérêts, non plus personnels, mais collectifs.

→ Il a d'abord été reconnu aux syndicats le droit d'agir en justice relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent : on dit alors que ces syndicats vont agir en défense de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

→ Des pouvoirs comparables ont été reconnus aux ordres professionnels, ainsi qu'à un nombre grandissant d'associations auxquelles le législateur a reconnu le pouvoir d'agir pour la défense d'intérêts collectifs. Ce sont, par exemple, des associations de familles ou des associations de consommateurs. On notera que ce pouvoir d'agir en défense de l'intérêt collectif n'est reconnu qu'à l'égard d'associations reconnues par la loi. Ce pouvoir n'existe pas de manière générale pour l'ensemble des associations comme il existe pour l'ensemble des syndicats, notamment en matière de droit du travail.

C. La qualité

Il ne suffit pas pour agir en justice d'être capable, d'avoir un intérêt à agir : il faut aussi avoir la qualité pour agir.

- La qualité, c'est le titre en vertu duquel une personne agit.
- Cette qualité est reconnue à la personne qui agit à titre personnel.

• Mais on peut aussi agir à titre de représentant et il faudra, dans cette hypothèse, produire le titre qui justifie l'action. Pour un mandataire, ce sera la production du mandat. Il est possible sur ce point que la loi détermine avec précision celui qui sera qualifié pour agir en justice. Les actions en divorce, par exemple, n'appartiennent qu'aux époux alors même que d'autres personnes pourraient avoir un intérêt à demander ce divorce.

§3 : Les caractères de l'instance

L'instance est une suite d'actes de procédure allant de la demande en justice jusqu'au jugement.

Quels sont les caractères de cette instance?

A. Le principe du contradictoire

• Cette instance est d'abord caractérisée par le principe de la contradiction. Il convient, en effet, à chaque moment de l'instance, de respecter les droits de la défense. On dit le principe de la contradiction ou le principe du contradictoire. Ce principe protège les parties contre les manœuvres de l'adversaire, ou le cas échéant, contre la partialité du juge.

• Ce principe de la contradiction trouve une manifestation sensible à l'article 14 du nouveau code de procédure civile : nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. De cette règle on peut en déduire que toute instance doit nécessairement être contradictoire. Mais il se peut qu'une partie appelée à l'instance ne compare pas, qu'elle fasse défaut. Cela n'empêche pas le juge de se prononcer. Il rendra un jugement par défaut, jugement réputé contradictoire. De toute façon, lorsque que la loi permet ou la nécessité

commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.

- Le principe du contradictoire gouverne également le comportement des parties et du juge tout au long du procès.

→ A l'article 15 du nouveau Code de procédure civile figure une règle essentielle dans la conduite du procès qui impose un échange des pièces entre les parties. Aux termes de ce texte : les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. Cette règle est une manifestation éclatante du principe de la contradiction.

→ A l'article 16 du nouveau code de procédure civile, on s'intéresse plus particulièrement au comportement du juge. Cet article indique que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre de manière contradictoire.

Ce principe de la contradiction est, on le voit, présent tout au long de l'instance.

B. Le caractère accusatoire du procès civil

La procédure civile est également marquée en droit français par un caractère accusatoire.

- Cela signifie qu'il incombe aux parties de conduire elles-mêmes l'instance. Il leur appartient notamment d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et les délais requis. Les parties donnent donc l'impulsion au procès. Mais il appartiendra aussi au juge, dit juge de la mise en état, de veiller au bon déroulement de l'instance. Le juge a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires. Ce pouvoir reconnu au juge ne doit pas être exagéré en matière civile : on évoque plutôt la neutralité de ce juge.

- Par ailleurs, ce sont les parties qui déterminent l'objet du litige. Les prétentions sont fixées d'abord par l'acte introductif d'instance, mais également par les conclusions en défense, éventuellement par des demandes incidentes au cours du procès.

→ Devant ces prétentions, le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé, mais seulement sur ce qui est demandé.

→ Par ailleurs, il ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Il conserve, il est vrai, le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction nécessaires.

→ Le juge retrouve davantage de pouvoir quant à l'appréciation des éléments de droit. L'article 13 du nouveau code de procédure civile dispose notamment que le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige. Il faut également citer un article important : l'article 12 alinéa 1er qui règle la conduite du juge. Celui-ci est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables : est ainsi rappelée la règle selon laquelle la justice est rendue en droit et non pas en équité. Enfin, un juge peut relever d'office des moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties. Il doit aussi donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

- On observera pour finir que l'issue d'un procès n'échappe pas nécessairement à la volonté des parties, car celles-ci ont la liberté d'y mettre fin, de se désister avant que l'instance ne s'éteigne par l'effet du jugement.

Ainsi la procédure civile, notamment par son caractère accusatoire, se distingue nettement de la procédure pénale, laquelle a un caractère, dit-on, inquisitoire. Dans le procès pénal l'office du juge est plus étendu, car c'est à lui qu'incombe la conduite de l'instance.

C. Le caractère écrit de la procédure

- La procédure civile est essentiellement écrite, surtout dans sa phase initiale mais également dans la phase de mise en état. L'instance d'abord est introduite au moyen d'un acte écrit qu'on appelle assignation. L'assignation est un acte, d'huissier en général, par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître et l'invite à désigner un avocat. Cette assignation précise notamment l'objet de la demande. Les avocats déposent aussi des conclusions ou des mémoires. L'avantage de la procédure écrite est d'apporter des précisions dans l'argumentation mais également dans la matière soumise au juge. L'écrit est aussi de nature à éviter les surprises tout au long de l'instance.

- Mais l'importance de l'oral y demeure grande surtout lors des débats, au moment des plaidoiries devant le juge. En outre, certaines procédures sont par nature orales, telle la procédure prud'homale.

D. Le caractère public des débats

- Il faut aussi noter le caractère public des débats judiciaires. En droit français, la phase d'instruction ou de mise en état d'une affaire est secrète. Mais le nouveau code de procédure civile dispose, à l'article 433, que les débats sont publics.

- Ce principe est cependant soumis à des exceptions.

- Dans certaines matières, la loi exige que les débats aient lieu en chambre du Conseil.

- * C'est par exemple le cas en matière gracieuse, c'est-à-dire lorsque le juge intervient non pas pour trancher un litige, mais pour consacrer de son autorité un acte juridique privé que lui soumettent volontairement les parties. On citera un exemple : l'adoption mais également l'homologation d'un projet de convention réglant les conséquences d'un divorce par consentement mutuel.

- * Les débats également ne sont pas publics dans les matières relatives à l'état et à la capacité des personnes, par exemple en matière de divorce, et cela sur prescription de la loi.

- * Sont également débattues en chambre du Conseil les affaires mettant en cause l'intimité de la vie privée, ou encore s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

- Il est possible également dans les affaires de droit privé qu'une partie fasse la demande particulière de placer les débats en chambre du Conseil.

§4 : Les différentes sanctions et mesures prononcées par le juge

On utilise ici le terme sanctions sans se référer nécessairement à l'idée de punition à l'égard d'un coupable. La sanction n'est pas uniquement pénale : elle peut être civile, administrative

ou pénale. En fait, le terme « sanctions » intéresse l'ensemble de la sphère de l'application du droit. Coexistent à côté des sanctions répressives, des sanctions préventives qui visent à obtenir l'exécution d'une obligation civile, des mesures qui visent à protéger les individus - par exemple des mesures d'assistance ou de protection -, enfin des mesures réparatrices. Il ne s'agit pas d'ailleurs de catégories figées puisqu'une mesure ou une sanction peut poursuivre plusieurs objectifs, par exemple être de nature réparatrice, mais en même temps permettre l'exécution d'une obligation.

Les sanctions et les mesures seront présentées en fonction de la matière qui les prévoit et nous commencerons par les sanctions civiles.

A. Les sanctions et mesures civiles

Le droit civil offre une grande variété de sanctions. A côté des sanctions préventives, il existe des sanctions visant à obtenir le respect des obligations contractées, et des sanctions réparatrices. Mais plutôt que de recourir à ces sanctions, il est possible aussi à l'égard des personnes vulnérables de les faire bénéficier d'un mode de protection dans l'exercice de leur droit. C'est ce que nous verrons après la présentation des différents types de sanctions.

1. Sanctions préventives

Certaines sanctions ont d'abord une fonction préventive.

- On en trouve un exemple à l'article 9 alinéa 2 du Code civil qui prévoit, dans le cadre d'une atteinte au droit au respect de la vie privée, que les juges peuvent prescrire sans préjudice de la réparation du dommage subi toute mesure, telle que séquestre (il s'agit de confier à la garde d'un tiers la chose qui fait l'objet d'un procès), saisie (une saisie est ici une mise sous main de justice destinée à empêcher celui qui a ce bien entre les mains d'en faire un usage contraire à ses intérêts). et autre, propre à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée.

- On peut citer aussi comme exemple de sanctions préventives en matière de droits de la famille, cette sanction particulière qui s'appelle l'opposition à mariage. L'opposition à mariage est celle qui défend de célébrer un mariage en raison d'empêchements légaux.

2. Sanctions visant à obtenir l'exécution d'une obligation

Le juge peut prononcer des sanctions constituant des moyens de contrainte permettant soit directement, soit indirectement, d'obtenir le respect du droit. Le choix de ces mesures est fonction de la nature de l'obligation en cours.

- Les moyens de contrainte directe.

- Lorsqu'une somme d'argent est en cause dans un procès - somme d'argent qu'un débiteur refuse de payer - le créancier va demander de saisir les biens du débiteur, puis il se fera payer sur le prix obtenu par la vente aux enchères. On évoque à ce propos la notion de voies d'exécution.

- Lorsque l'obligation porte sur une autre chose qu'une somme d'argent, on a recours éventuellement à la force publique, notamment s'il s'agit d'une obligation de donner ou d'une obligation de ne pas faire.

- * Ainsi, l'acquéreur d'un logement ou d'une maison qui ne parvient pas à obtenir la délivrance de ce logement ou de cette maison, peut avoir recours à la force publique pour obtenir l'expulsion du vendeur.

* Autre exemple, l'acheteur d'un fonds de commerce peut avoir intérêt à obtenir la fermeture d'un fonds rouvert par le vendeur en méconnaissance d'une clause de non rétablissement.

* L'article 1143 du Code civil vient ici au secours du créancier en lui offrant le pouvoir de demander au juge la destruction de ce qui a été fait indûment et admet même qu'il puisse être autorisé à le détruire aux frais du débiteur sans préjudice de dommages et intérêts s'il y a lieu. S'il s'agit d'une obligation de faire, on se réfère à l'article 1144 du Code civil qui aide le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. En revanche, notre droit répugne au nom de la liberté personnelle, à utiliser la force publique pour obliger physiquement un débiteur à s'exécuter. Ainsi on ne force pas un acteur à jouer la pièce de théâtre qu'il refuse d'exécuter et sur laquelle pourtant il s'était engagé. On se contentera sur ce point d'une sanction par équivalent, c'est-à-dire d'une réparation sous forme de dommages et intérêts. Mais il existe tout de même un procédé d'injonction de faire qui consiste à signifier au débiteur par voie judiciaire qu'il est tenu d'exécuter son obligation. Il est vrai que ce procédé, prévu dans le nouveau code de procédure civile est peu utilisé, a un champ d'application restreint et ne concerne que les litiges non commerciaux relevant de la compétence du Tribunal d'instance et portant sur une prestation de services ou la livraison d'une chose, et surtout les effets de cette procédure sont assez limités puisque la mesure prononcée par le juge ne constitue pas un titre exécutoire. Il n'en demeure pas moins que le débiteur condamné est incité à s'exécuter.

• Les moyens de contrainte indirecte. Il existe également des moyens de contrainte indirecte qui vont permettre d'inciter le débiteur défaillant à s'exécuter.

→ A ce titre on utilise souvent l'astreinte, qui consiste en la condamnation du débiteur à payer au créancier une certaine somme par jour de retard ou par infraction constatée. Cette mesure n'a pas pour effet de réparer un préjudice : elle sert uniquement à accélérer le processus d'exécution. Il s'agit ici, de manière préventive, d'inciter le débiteur à respecter le contrat en l'exposant à une condamnation pécuniaire sans cesse croissante.

* Il existe deux modalités de l'astreinte : l'une temporaire, l'autre définitive. La première est révisable alors que la seconde ne l'est pas. Avant de prononcer une astreinte définitive, il faut nécessairement passer par la voie de l'astreinte provisoire et constater qu'elle est restée sans effet.

3. Sanctions réparatrices

Quant aux sanctions réparatrices, elles visent à réparer le dommage, à effacer l'irrégularité d'un acte.

• Lorsqu'un fait ou un acte provoque un dommage matériel, un dommage physique ou un dommage moral, la victime engagera la responsabilité de l'auteur du dommage pour obtenir des dommages et intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent d'un montant égal à la valeur du dommage.

• Mais la réparation peut aussi prendre la forme d'une mesure qui vise à limiter ou à effacer les effets d'un acte juridique.

→ Par exemple dans le cadre d'un contrat qui n'a pas été exécuté soit du fait de la faute d'une des parties, soit par l'effet d'une cause étrangère aux parties, il est possible de demander la résolution du contrat, c'est-à-dire son anéantissement.

→ La résolution est à distinguer de la nullité d'un acte qui vient sanctionner une condition de formation du contrat : la nullité est prononcée pour sanctionner non pas un manquement dans l'exécution de la formation, mais un vice affectant l'acte dès sa formation.

→ Le juge peut également prononcer la sanction dite de l'inexistence. Celle-ci procède d'un défaut d'existence de l'acte résultant de l'absence d'un élément constitutif essentiel à sa formation. Là encore, l'inexistence se distingue de la nullité par le fait que l'acte n'a jamais pu se former.

→ Plutôt que la nullité, la résolution ou l'inexistence, le juge peut aussi choisir l'inopposabilité d'un acte. C'est une sanction qui vise à réduire l'efficacité d'un acte à l'égard des tiers, par exemple, lorsqu'il est observé un manquement à l'intégration de l'acte dans l'ordonnement juridique. C'est le cas en matière de vente d'immeubles lorsque l'acte définitif n'a pas été passé devant le notaire, seul compétent pour assurer la publication de l'acte au bureau des hypothèques.

4. Les systèmes de protection

Avant d'avoir recours à ces différentes sanctions il peut apparaître nécessaire, et cela donc à titre préventif, de protéger les individus vulnérables, soit en raison de leur jeune âge soit en raison d'une altération de leur santé. Certaines personnes bénéficient, en effet, d'un mode de protection dans l'exercice de leurs droits.

Si elles sont considérées comme incapables, elles seront soit représentées, soit assistées : représentées dans le cadre de la tutelle par exemple, assistées dans le cadre de la curatelle. Il existe entre ces deux régimes une graduation dans la qualité de la protection. Plus légère que la tutelle, la curatelle ne peut être prononcée que s'il est établi que le régime de la sauvegarde de justice ne peut apporter une protection suffisante à l'intéressé. De son côté, la tutelle ne pourra être mise en place que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice qui est un régime de protection provisoire dans l'attente d'une reconnaissance judiciaire de l'incapacité, ni la curatelle ne peuvent apporter cette protection.

A ces modes classiques de protection - tutelle, curatelle, représentation des mineurs et mesure provisoire de protection de la sauvegarde de justice -, la loi du 5 mars 2007 a ajouté trois nouveaux systèmes de protection de la personne. Il s'agit du mandat de protection future, de la mesure d'accompagnement social personnalisé, et enfin de la mesure d'accompagnement judiciaire. Nous présenterons ces trois nouveaux systèmes de protection après avoir étudié les modes classiques de protection de la personne.

a. La tutelle

Le premier mode de protection est celui de la représentation légale chez les mineurs et chez les majeurs, régime dit de la tutelle.

- Les mineurs sont représentés dans les actes juridiques par leurs parents ou à défaut par un tuteur. A l'égard des mineurs, il existe, en effet, une interdiction de principe à passer seuls des actes juridiques, à l'exception des actes simples de la vie courante comme l'achat de consommation courante.

- La situation est similaire pour certains majeurs - les aliénés, les majeurs placés sous tutelle- lorsqu'ils sont considérés comme inaptes à exprimer un consentement éclairé. Dans ce cas ils sont représentés dans l'accomplissement des actes juridiques par un tuteur, là encore sous réserve des cas où la loi ou l'usage les autorise à agir.

b. La curatelle

Plutôt que de représenter la personne, il est possible de l'assister, l'assistance ici étant une mesure, une technique plus légère de protection. Ainsi les majeurs sous curatelle sont-ils frappés d'une incapacité spéciale qui ne s'applique qu'aux actes que la loi ou le juge énumère. La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille. Mais le

juge peut aussi énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule, ou à l'inverse ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée. En fait la curatelle, à la différence de la tutelle, permet une individualisation de la protection demandée et cela en fonction du degré d'altération des facultés mentales.

c. Mesure provisoire de protection de la sauvegarde de justice

Avant une mesure de tutelle ou de curatelle, il est possible d'organiser un système dit de sauvegarde de justice. Ce préalable provisoire à l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle n'empêche pas l'intéressé de passer des actes juridiques. Ce système offre seulement des facilités pour obtenir par la suite la nullité des actes passés sous l'empire d'un trouble mental.

d. Mandat de protection future

La loi de 2007 précédemment citée est à l'origine également de nouveaux modes de protection. D'abord une personne peut recevoir mandat d'une autre de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. Il s'agit à travers ce mandat, établi sous seing privé ou de forme notariée, de prévenir les conséquences d'une détérioration de la volonté en désignant à l'avance un mandataire. Ce mandat est appelé mandat de protection future.

e. La mesure d'accompagnement social personnalisé

Prenant la forme d'un contrat conclu entre un département et une personne qui perçoit des prestations sociales et dont la santé et la sécurité sont menacées par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources, la mesure dite d'accompagnement social personnalisé va permettre à l'intéressé d'obtenir une aide à la gestion de ses prestations et un accompagnement social individualisé.

f. La mesure d'accompagnement judiciaire

Ce n'est qu'en cas d'échec de cette mesure d'accompagnement social personnalisé qu'on aura recours à une mesure plus contraignante, dite mesure d'accompagnement judiciaire. Autrefois, on l'appelait la tutelle aux prestations sociales. Cette mesure vise à restaurer l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources. Elle se traduit par la désignation d'un mandataire judiciaire chargé de percevoir les prestations et de les gérer, et cela dans l'intérêt de la personne accompagnée en tenant compte de son avis et de sa situation familiale.

B. Les sanctions pénales

Les sanctions pénales sont constituées de peines, peines qui se traduisent soit par le paiement d'une amende, soit par une privation de droits, soit enfin par une restriction de liberté.

En matière pénale l'application des peines est gouvernée par le principe dit de « légalité des infractions et des peines ». Elle est également gouvernée par le principe dit de « la personnalité des peines ».

1. Le principe de légalité des infractions et des peines

Selon le principe de légalité des infractions et des peines, le juge ne peut prononcer d'autres peines que celles prévues par la loi. Il s'agit ici de protéger les individus contre l'arbitraire du juge : la légalité assure en fait une sécurité dans l'exercice de la répression. Les citoyens

sont informés de ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire et des peines qu'ils encourent s'ils violent la loi.

2. Le principe de personnalité des peines

- -Selon le principe de personnalité des peines, ces dernières ne peuvent frapper que l'auteur même du fait incriminé. La peine ne peut atteindre que celui qui a commis l'infraction comme auteur ou comme complice.

- -La nature et la gravité des infractions sont prises en compte pour procéder à leur répartition dans la classification des infractions.

- Au plus haut niveau des infractions se situent les crimes jugés par les Cours d'assises, crimes punis des sanctions les plus sévères : la réclusion et la détention.

- Au niveau intermédiaire se situent les délits qui sont jugés par les tribunaux correctionnels. Ils justifient des peines d'emprisonnement, d'amende, de travaux d'intérêt général etc.

- Au niveau le plus bas des infractions se situent les contraventions jugées par les tribunaux de police, le plus souvent punies de peines d'amende.

C. Les sanctions administratives

Enfin, dernier type de sanctions, ce sont les sanctions dites administratives, sanctions qu'utilisent l'État et les personnes morales de droit public dans leurs rapports avec les administrés. On sait notamment que l'autorité publique peut, à la différence du particulier, se délivrer à elle-même un titre exécutoire en vue de faciliter le recouvrement des créances. L'autorité publique dispose également de la possibilité d'obtenir plus facilement l'exécution forcée de ce que doivent les débiteurs des faits.

Chapitre 8

La preuve des droits subjectifs

Les droits subjectifs en tant que prérogatives reconnues aux individus peuvent être violés. Les personnes pourront alors demander en justice que leurs droits subjectifs soient respectés. Ils devront à cette occasion établir l'existence de leurs droits, c'est-à-dire les faire apparaître comme probables, les rendre judiciairement susceptible de protection. Par exemple, je suis titulaire d'une créance mais mon débiteur nie son existence. Il est donc nécessaire que je démontre devant le juge, l'existence de la créance et son montant.

A travers la question du droit de la preuve, quatre problèmes essentiels vont se poser. Le premier : l'objet de la preuve ; le second : la charge de la preuve (sur qui pèse la charge de la preuve ?) ; troisième point : les moyens de la preuve, c'est-à-dire les différents modes de preuve ; enfin, ce que l'on appelle l'administration ou l'admissibilité des moyens de preuve. Comment s'articulent notamment ces modes de preuve les uns par rapport aux autres ?

§1 : L'objet de la preuve

- La preuve se limite aux seules questions de fait. Les questions de droit n'ont pas à être prouvées. Le juge, en effet, est censé connaître l'ensemble des règles de droit et les parties n'ont pas à rapporter la preuve de ces règles.

- En conséquence, les parties peuvent se limiter à rapporter la preuve des éléments de fait. Ces derniers regroupent les éléments qui sont à la source du droit subjectif qu'une des parties entend protéger. Cette partie doit ainsi prouver l'existence à la fois des faits et des actes juridiques qui intéressent son affaire. Par exemple, une partie est victime d'un accident de la circulation, elle demande réparation du préjudice que sa compagnie d'assurances refuse de réparer. Elle doit ainsi prouver l'existence de l'accident, mais également le montant du préjudice, faire état du degré de responsabilité de l'auteur du dommage. La personne doit également prouver l'existence d'un contrat d'assurance etc. En règle générale, la partie qui a la charge de la preuve n'est pas obligée de rapporter la preuve de tous les éléments de fait qui entourent l'affaire. Elle a seulement obligation de faire la preuve des faits dont dépend la solution du litige. Seule la preuve des faits pertinents est concluante, est exigée. De plus, les faits qui ne sont pas contestés ne doivent pas être prouvés, ils sont considérés comme vrais.

§2 : La charge de la preuve

A. Le principe : la preuve incombe au demandeur

Qui doit apporter cette preuve ?

- Il existe à ce sujet une règle générale selon laquelle il appartient au demandeur de prouver les éléments de fait qui fonde sa prétention. La règle s'exprime ainsi : la preuve incombe au demandeur. Il ne s'agit pas ici du seul demandeur à l'instance. On entend ici par demandeur toute personne qui formule une prétention. En conséquence, un défendeur devient demandeur lorsqu'il formule une prétention dans le cours de l'instance. Par exemple,

à une demande principale formulée par le demandeur, le défendeur peut répondre en demandant également quelque chose. On dit alors qu'il forme une demande reconventionnelle. Par ailleurs, un défendeur peut également, au cours du procès, soulever ce que l'on appelle une exception. L'exception est un moyen que soulève le défendeur à l'action en vue de contrecarrer les arguments présentés par le demandeur. Par exemple, en invoquant un contrat le demandeur peut être confronté à une demande de nullité du contrat formé par le défendeur. Dans ce cas, il appartient dans un premier temps au demandeur de prouver l'existence du contrat, et dans un deuxième temps c'est au défendeur de prouver l'existence du fait qui justifie la nullité du contrat. Notamment on pourrait dire que le contrat a été conclu au prix d'une violence exercée sur lui-même. Cette règle générale, règle selon laquelle la preuve incombe au demandeur, résulte de l'article 1315 du Code civil, aux termes duquel : 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.

B. Les exceptions

1. le cas particulier des procédures inquisitoires

Le principe précédent principe souffre de certaines exceptions, et notamment il faut évoquer le cas particulier des procédures dites inquisitoires.

- En droit français, la règle veut aujourd'hui que le juge n'intervienne pas dans la recherche des preuves. Il prend sa décision exclusivement à partir des éléments de fait qui lui sont présentés par les parties. On fait état ainsi d'un principe de neutralité du juge, neutralité qui est la manifestation du caractère accusatoire de notre procédure civile. Le juge peut néanmoins prendre certaines initiatives en ordonnant, par exemple, les mesures d'instruction ou des expertises.

- A côté de cette procédure dite accusatoire, il existe cependant des situations qui laissent au juge l'initiative de la recherche des preuves. Cette exception s'observe en matière pénale et sous une forme particulière en droit du travail. On dit alors que la procédure, loin d'être accusatoire, devient inquisitoire et selon ce système, la charge de la preuve ne pèse plus sur l'une ou l'autre des parties, elle incombe aux deux. Celles-ci doivent collaborer ensemble pour rassembler les preuves qui permettront au juge de se déterminer. Dans ce type de procédure le juge lui-même exerce un rôle déterminant dans la recherche des preuves.

- Nous allons illustrer ces propos en droit pénal. Il revient au ministère public dans le procès pénal d'intervenir plus directement, dans le respect, il est vrai, de la présomption d'innocence. Le préambule de la Constitution de 1958 rappelle en effet que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. C'est donc au renversement de cette présomption que doit s'attacher l'accusation. Dans la recherche des preuves, on notera aussi qu'il existe de part et d'autre un principe général de loyauté qui interdit le recours à certains procédés telle la provocation ou les enregistrements clandestins. On notera aussi que la procédure pénale est marquée par l'existence d'une instruction organisée. La recherche des preuves est dirigée par le juge d'instruction qui doit instruire à charge comme à décharge. Il lui revient, il leur revient puisqu'ils sont désormais plusieurs, de rechercher tous les éléments favorables ou défavorables à celui qui est soupçonné, donc de rechercher tous les éléments propres à permettre la manifestation de la vérité. Cette instruction est très précisément limitée notamment pour assurer la protection des droits de la défense.

2. Le cas particulier des présomptions

- Même si par principe la preuve incombe au demandeur, il existe des cas exceptionnels où le plaideur est dispensé d'apporter la preuve d'un élément de fait. On parle ici d'une présomption. Celle-ci est également un moyen de preuve, un procédé de preuve, mais on en fait état ici car elle est en rapport direct avec la question de la charge de la preuve.

- Quelle définition peut-on donner de la présomption ? On en trouve une dans le Code civil à l'article 1349 : les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. La présomption consiste donc pour le législateur - on parle alors de présomption légale - , ou pour le juge - on évoque alors la notion de présomption de l'homme - , à déduire l'existence d'un fait incertain, par définition difficile à démontrer, à partir de la constatation d'un fait certain. La raison d'un tel mode de preuve se trouve dans la relation de cause à effet entre le fait certain et celui qui ne se laisse pas facilement approcher.

→ Exemple de présomption légale. On en trouve une à l'article 312 alinéa 1er du Code civil. Selon cette règle, l'enfant d'une femme mariée est présumé avoir été conçu par le mari de celle-ci. Dans cette hypothèse, la loi induit la paternité de l'enfant de l'existence d'un lien marital entre la femme et l'homme. Cette règle est ancienne, elle a été instituée à une époque où les moyens de preuve ne permettaient pas de dire si une personne était le père d'un enfant. Actuellement les moyens et méthodes scientifiques bien plus fiables permettent de faire la preuve certaine de la paternité. On peut ainsi arriver à démontrer sans erreur qu'une personne est le père de tel ou tel enfant. Mais la règle de l'article 312 alinéa 1er du Code civil demeure car elle est garante de la paix des familles. Dans le cadre de ce texte, article 312 alinéa 1er, on constate que le mari est dispensé de la preuve directe de sa paternité. Il est cru sur la seule présentation de son acte de mariage. L'acte de mariage, la situation de mariage, c'est le fait certains C'est alors à l'adversaire de prouver l'absence de paternité du mari. La charge de la preuve se trouve ainsi déplacée.

- Les présomptions sont fréquentes en droit. Elles se divisent en présomption simple et présomption irréfutable.

→ Qu'est ce qu'une présomption simple ? C'est celle qui est susceptible de preuve contraire. Dans l'exemple que nous avons cité précédemment, celui de l'article 312 alinéa 1er du Code civil, on se rend compte tout de suite qu'il s'agit d'une présomption simple. L'adversaire qui veut combattre la force probante de la présomption donc peut demander que le prétendu père soit soumis à un examen sanguin. Il peut aussi démontrer l'absence de paternité par tous les moyens possibles, notamment en montrant que la communauté de vie effective avait cessé entre le prétendu père et la mère depuis plus de 300 jours avant la date de la naissance de l'enfant. En présence d'une présomption simple, la preuve contraire est acceptée.

→ En revanche dans les présomptions irréfutables, il n'est pas possible d'apporter la preuve contraire. Un exemple de présomption irréfutable : la présomption de l'article 1350 du Code civil qui attache une présomption de vérité absolue à tout jugement. On peut citer un second exemple, tiré cette fois du droit du travail. En droit du travail, le contrat à durée déterminée qui est passé sans écrit est réputé être un contrat à durée indéterminée et, dans cette hypothèse, il ne sert à rien de prouver que le salarié savait qu'il était embauché à durée déterminée pour échapper à cette requalification en contrat à durée indéterminée.

§3 : Le risque de la preuve

- Lorsqu'on étudie la charge de la preuve, immédiatement on évoque l'autre problème inverse, qui apparaît en négatif, c'est le celui du risque de la preuve. Evoquer le risque de la preuve, c'est se demander ce qu'il advient lorsque que la personne qui supporte la charge de la preuve ne parvient pas à convaincre le juge du bien-fondé de ses prétentions. A priori la réponse apparaît nettement. Celui qui échoue dans sa démonstration va perdre le procès. La personne qui supporte la charge de la preuve va donc supporter le risque de la preuve. Le raisonnement apparaît naturellement.

• Mais ce problème du risque de la preuve appelle quelques développements particuliers dans les domaines où le juge apprécie librement les preuves produites ou lorsque la charge de la preuve est répartie entre toutes les parties au procès comme en droit du travail. Prenons ces deux exemples : droit pénal et droit de travail.

A. Le cas particulier du droit pénal

En droit pénal, le juge apprécie librement la pertinence des modes de preuve, selon son intime conviction. Voici ce que dit l'article 427 du code de procédure civile : hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Notamment le juge peut ne pas croire en l'aveu qui est fait auprès des policiers. Le risque de la preuve pèse alors sur la société dont les intérêts sont défendus par le ministère public, et dans le doute il est préférable de s'abstenir. Cette position se justifie par le principe de la présomption d'innocence, principe inscrit notamment à l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Code civil à l'article 9-1 proclame également la nécessité de respecter cette présomption d'innocence et le même texte ouvre à la personne présentée publiquement comme coupable, avant toute condamnation, le droit d'exiger l'insertion d'un communiqué dans la presse aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence.

B. Le cas particulier du droit du travail

En droit du travail, il existe aussi donc des règles particulières concernant cette question du risque de la preuve. En matière de licenciement, de même qu'en matière disciplinaire, on trouve une règle dérogatoire au droit commun qui indique qu'en cas de doute, ce dernier profite au salarié. Pourquoi cette règle ? Elle se justifie par les difficultés rencontrées par le salarié pour se constituer des modes de preuve. En cas de doute, le licenciement sera considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse et la sanction sera considérée comme injustifiée. Apparemment sévère pour l'employeur, cette règle se comprend toutefois au regard du rôle que cet employeur joue dans l'administration des preuves, même lorsqu'il est défendeur. C'est en effet l'employeur qui a la maîtrise des preuves. Le salarié, notamment parce qu'il a été licencié, n'a plus accès à ces preuves.

§4 : Les différents modes de preuve

Tous les moyens ou modes de preuves ne sont pas admis par le juge dans le cadre de la procédure civile. Le Code civil mentionne seulement cinq modes de preuves différents.

A. La preuve par écrit : la preuve littérale

La preuve littérale est la preuve qui émane des parties et qui résulte d'acte écrit constatant soit un acte juridique, soit un fait juridique. Ce mode de preuve présente un intérêt considérable en raison de la sécurité juridique qu'il procure. Il a l'avantage de ne pas relever du domaine de l'appréciation subjective mais aussi d'échapper aux effets du temps.

Il y a trois types de preuve littérale : les actes authentiques, les actes sous seing privé et les actes électroniques.

1. Les actes authentiques

a. Définition : exigence de formalités

Pour être qualifié d'authentique, un acte doit satisfaire à certaines conditions de forme. Ce sont, en effet, des actes rédigés par un officier public habilité à constater ce genre d'actes. L'acte authentique est soumis à certaines formalités qui doivent être observées sous peine de nullité de l'acte. Le respect des conditions formelles confèrent à l'acte authentique une force probante particulière. On dit que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. L'action visant à établir une inscription de faux est d'un usage dangereux car s'il n'arrive pas à démontrer l'existence du faux, le prétendant s'expose personnellement à de lourdes condamnations. Généralement rédigé en minute, l'acte authentique est conservé par l'officier public qui a pris part à sa rédaction. L'officier public ne délivre aux parties que des expéditions ou des copies authentiques de l'acte.

b. Force probante : ils font foi jusqu'à inscription de faux

Il faut ici apporter une réserve quant à la force probante de l'acte authentique.

- Cette force probante ne s'attache qu'aux mentions que l'officier public a pu directement constater. Seules ces mentions font foi jusqu'à inscription de faux.

- -es autres mentions relatives aux circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu ou qui reprennent les déclarations des parties ne font foi que jusqu'à preuve du contraire.

2. Les actes sous seing privé

Deuxième catégorie de preuve littérale : les actes sous seing privé

a. Définition : exigence de formalités

- L'acte sous seing privé a été conclu et signé sans qu'aucune autorité extérieure n'y prenne part. A la différence de ce qui existe à l'égard des actes authentiques, il n'existe aucun formalisme à respecter pour que naisse un acte sous seing privé.

- La signature est la seule exigence imposée. Cette signature remplit deux fonctions. Elle sert d'abord à identifier l'auteur de l'acte de façon non équivoque grâce à une marque distinctive et manuscrite personnelle. Cette signature manifeste ensuite l'accord du signataire de respecter ce qui a été convenu.

b. Les cas particuliers : les contrats synallagmatiques et les promesses unilatérales de sommes d'argent

Toutefois le Code civil a prévu des règles particulières pour qu'on puisse reconnaître à un écrit la valeur d'un acte sous seing privé : en matière de contrat synallagmatique d'une part, et en matière de promesse unilatérale de sommes d'argent d'autre part.

- D'abord en matière de contrats synallagmatiques, il faut se reporter à la règle de l'article 1325 du Code civil. Selon ce texte, les contrats synallagmatiques doivent être rédigés en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts. Pour mieux comprendre cette règle, il faut revenir à la définition d'un contrat synallagmatique. Ce dernier est un contrat par lequel les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, comme dans le contrat de vente par exemple. On comprend donc mieux l'utilité de la règle du double exemplaire. Chaque partie au contrat est à la fois créancière et débitrice de l'autre partie. Il doit donc exister plusieurs originaux afin d'offrir à chaque partie la possibilité de faire la preuve de ses droits.

- En matière de promesse unilatérale de somme d'argent, il existe également une règle particulière formulée à l'article 1326 du Code civil : l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien

fongible doit comporter, outre sa signature, la mention, écrite par celui qui s'engage, de la somme ou de la quotité en toutes lettres et en chiffres. Et le texte termine en précisant : en cas de différence, l'acte vaut pour la somme écrite en toutes lettres. Cette formalité inscrite à l'article 1326 du Code civil vise à empêcher la pratique du blanc-seing, pratique qui permettrait à un tiers d'apposer sous la signature des mentions frauduleuses.

c. Force probante : ils font foi jusqu'à preuve du contraire

La force probante de l'acte sous seing privé est moindre que celle de l'acte authentique.

- En effet, l'écriture et la signature peuvent être contestées par celui à qui l'on attribue l'acte sous seing privé. Quant à son origine, l'acte sous seing privé ne fait donc pas foi, à moins qu'il soit reconnu par celui à qui on l'attribue. En outre, quant à son contenu, l'acte sous seing privé fait foi jusqu'à preuve du contraire. Il faut d'ailleurs préciser cette règle. S'agissant de la date entre les parties, la date de l'acte fait foi jusqu'à preuve du contraire. En revanche, dans les rapports avec les tiers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas participé à l'acte, cette date ne fait pas foi ; elle ne sera certaine qu'après l'accomplissement de certaines formalités, celles qui sont décrites par l'article 1328 du Code civil.

- On sait que dans un procès on utilise souvent des copies d'actes mais qu'en est-il des copies de ces actes ?

- Concernant les actes authentiques, on rappellera que ceux-ci ne peuvent être, en principe, délivrés qu'en copies. Le Code civil a établi une règle particulière pour les copies émanant des officiers publics : l'article 1335 du Code civil, qui les désigne sous le terme de grosses, indique qu'elles font la même foi que l'original.

- S'agissant des actes sous seing privé le problème est plus délicat. L'acte sous seing privé est en principe prévu pour être utilisé sous sa forme originale, mais la loi du 12 juillet 1980 accorde à la copie une force probante identique à celle de l'original en cas de perte du titre original, si la copie procède d'un mode de reproduction fidèle et durable. Ce sont les pratiques de conservation des chèques par les banques qui ont suscité cette réforme : il est habituel en effet de reproduire dans ce type d'établissement les chèques sur microfilms et de se séparer des originaux.

- * Attention, cette règle doit être soigneusement distinguée de la production d'une copie au sens de l'article 1334 du Code civil. En effet, selon ce texte, toutes sortes de copies peuvent être produites dès l'instant qu'on peut, sur demande de l'autre partie, en produire l'original. Tandis qu'en vertu de cette règle issue de la loi du 12 juillet 1980 et inscrite à l'article 1348 du Code civil, la copie vaut indépendamment de l'original mais à condition de présenter une certaine qualité : la copie doit procéder d'un mode de reproduction fidèle et durable.

- * A l'origine, l'article 1348 visait surtout le microfilm. Qu'en est-il des photocopies, des fax et télex, des carbonés ? Pour ce qui est des photocopies, également des carbonés, à l'origine ces photocopies étaient qualifiées de commencement de preuve par écrit, mais la Cour de cassation a fait évoluer sa position s'agissant des photocopies et depuis un arrêt de 1996, elle considère que les photocopies peuvent valoir copie au sens de l'article 1348, c'est-à-dire peuvent procéder d'un mode de reproduction fidèle et durable.

- * S'agissant maintenant des fax, la Cour de cassation a admis, dans une affaire très particulière - affaire annonciatrice de la future loi reconnaissant la valeur juridique des actes électroniques - que l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle pouvait être établi et conservé sur tous supports, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées. Cette solution résulte d'un arrêt de la chambre commerciale du 2 décembre 1990.

3. La preuve électronique

Ce dernier arrêt était annonciateur d'une future modification législative : en effet, par la suite, le législateur a reconnu légalement les actes électroniques. L'écrit est donc traditionnellement constitué de l'acte notarié ou de l'acte sous seing privé, l'acte notarié étant l'acte authentique par définition.

- Mais la loi du 13 mars 2000 a apporté une nouvelle définition à la preuve littérale, celle-ci permettant notamment de prendre en compte à titre d'écrit les actes obtenus à l'aide d'une signature électronique. On trouve une définition de cette preuve littérale à l'article 1316-4 du Code civil : selon ce texte, la preuve littérale - ou par écrit - résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

- Mais en même temps qu'elle reconnaît une définition large de la preuve littérale, la loi ne reconnaît les transactions faites sur des supports électroniques que dans la mesure où l'identité du signataire de l'acte est assurée et où l'intégrité de l'acte est garantie. Cette identité est présumée assurée et cette intégrité est présumée garantie si la transaction se fait dans les conditions du décret du 30 mars 2000.

B. La preuve par témoignage : la preuve testimoniale

Le terme « testimoniale » a donné « témoignage » et non pas « testament ».

- La preuve testimoniale est une déclaration émanant d'un tiers, non partie au procès, concernant des faits dont il a eu personnellement connaissance.

- Le témoignage s'effectue de façon orale à la barre, mais peut aussi s'effectuer à l'écrit et dans ce dernier cas la partie qui y a intérêt demande au témoin de lui fournir une attestation par laquelle il relate brièvement les faits qu'il a constatés.

- Ce mode de preuve a longtemps été considéré avec faveur, notamment au Moyen Âge. Mais on a pris conscience de la sécurité probatoire de l'écrit mais également des faiblesses inhérentes au mécanisme du témoignage. Les témoins peuvent se tromper dans la reconstitution qu'ils opèrent des faits, et on ne peut pas exclure l'hypothèse d'une complaisance consciente ou non.

- A l'heure actuelle, le témoignage est lié à une conception libre de la preuve.

- Il n'a pas la même force probante qu'un écrit. Plus exactement, le juge peut apprécier souverainement la force probante d'un témoignage.

- Dans le système de la preuve légale, celui que nous connaissons actuellement, donc en matière de procédure civile, le témoignage a tout de même sa place : il vaut comme commencement de preuve par écrit.

C. La preuve par présomption

Troisième mode de preuve autorisé devant le juge civil : la preuve par présomption. Cette forme de preuve a déjà été étudiée. On rappellera qu'il faut distinguer entre les présomptions légales et les présomptions de l'homme.

- La présomption légale est instituée afin de déplacer l'objet de la preuve, renversant par là même la charge de la preuve d'un fait ou d'un acte juridique. Il s'agit là d'un mode de preuve redoutable, car il dispense le plaideur de l'obligation de prouver.

- La présomption de l'homme, ou la présomption du fait de l'homme plus exactement, est différente car, comme l'indique l'article 1353 du Code civil, elle est abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat.

→ En principe, les présomptions du fait de l'homme doivent être graves, précises et concordantes. En fait le juge est moins sévère : il peut être amené à admettre une présomption unique si elle est suffisamment grave et précise. Il n'est donc pas nécessaire, contrairement à ce qu'affirme l'article 1353 du Code civil, qu'une présomption naisse nécessairement d'un faisceau d'indices. Citons un exemple de présomption. C'est à l'aide d'une présomption que l'on va déterminer la vitesse d'une voiture dans le cadre d'un accident de la circulation : on se réfère à la longueur des marques de freinage.

→ La présomption du fait de l'homme est toujours une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle peut être combattue à l'aide d'une preuve contraire.

D. L'aveu

Quatrième mode de preuve : l'aveu. L'aveu est la déclaration par laquelle l'une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable et qui est allégué par son adversaire.

1. L'aveu judiciaire

On dit que l'aveu, lorsqu'il est fait en justice - l'aveu judiciaire - lie le juge. Il a une force probante absolue. Le juge est obligé de le tenir pour vrai. L'aveu judiciaire est irrévocable sauf en cas d'erreur de fait. En outre, on dit qu'il est indivisible en ce sens qu'il doit être pris dans sa totalité.

2. L'aveu extrajudiciaire

A côté de l'aveu judiciaire, il existe également des aveux extrajudiciaires qui ne lient pas le juge, lequel en détermine seul la valeur probante. La force probante de cet aveu extrajudiciaire est la même que celle d'un témoignage ou d'une présomption du fait de l'homme.

E. Le serment

Cinquième mode de preuve : le serment. Les articles 1357 et suivants du Code civil déterminent le régime de ce mode de preuve. Le serment est l'affirmation solennelle pour une partie d'un fait qui lui est favorable. Ce mode de preuve est empreint d'une certaine naïveté. Il est un moyen d'ultime recours. Là où il n'existe aucun autre élément de preuve, le serment peut être déféré à l'un des plaideurs. Celui-ci doit alors prendre position.

Le Code civil décrit deux types de serment : le serment décisoire et le serment supplétoire.

- Le serment décisoire est celui qui est déféré par un des plaideurs à son adversaire. Ce dernier peut alors adopter trois comportements différents : soit il va accepter de prêter serment et gagner son procès, soit il va refuser de prêter serment et il va perdre son procès, soit enfin il peut décider de référer le serment à son adversaire en lui demandant à son tour de prêter serment quant à la réalité de sa première prétention. Si ce dernier prête le serment référé, il gagne le procès ; dans le cas inverse, sa demande sera rejetée.

- Le serment supplétoire est celui qui ne peut être déféré que par le juge. Ce serment, à la différence du serment décisoire, ne lie pas le juge. Plus exactement, le serment demandé par le juge, qui peut être traité ou refusé, n'a que la force probante d'un témoignage et comme tel, il laisse entière la liberté d'appréciation du juge.

§5 : L'admissibilité des modes de preuve

Il existe à ce sujet une distinction selon l'élément qu'il convient de prouver. Il est fait, en effet, une distinction selon qu'il s'agit de prouver un fait juridique ou un acte juridique.

A. La preuve des faits juridiques

- La preuve de ces faits peut-être apportée par tous moyens, sauf si la loi en décide autrement. Cette matière est donc régie par le système dit de la preuve morale ou le système dit de la preuve libre. En l'absence de dispositions spéciales, les faits juridiques peuvent être prouvés indistinctement selon les cinq modes de preuves qui viennent d'être présentés. Le juge apprécie librement la valeur de chaque moyen de preuve en cas de conflit. Il n'existe donc pas de rapport de hiérarchie entre les différents modes de preuve. Cette liberté en matière de preuve s'explique par le fait que les faits juridiques surviennent sans manifestation d'aucune volonté le plus souvent. Il est dans ce domaine difficile, voire impossible, de se ménager des écrits, de se préconstituer des modes de preuve.

- Mais il existe toutefois quelques exceptions, et notamment en matière de faits naturels tels que la naissance ou le décès. Il existe des règles très précises qui imposent un mode de preuve : ces événements doivent être constatés par un officier d'État civil. Il faut par exemple pour faire la preuve de sa naissance faire état d'un extrait de l'acte de naissance.

B. La preuve des actes juridiques

Pour les actes juridiques, il existe d'autres règles, notamment celle de l'article 1341 du Code civil.

1. Le principe

Cette règle pose une double exigence.

- La preuve d'un acte juridique, lorsque l'acte en cause dépasse un seuil fixé par décret, actuellement 1500 €, doit impérativement s'effectuer à l'aide d'un écrit. L'absence d'écrit ne remet pas en cause la validité de l'acte. Celui-ci reste valable, mais on ne peut en rapporter la preuve devant le juge. Observons ici que le mot « acte » utilisé à l'article 1341 du Code civil, n'est pas pris dans le même sens que pour la notion d'acte juridique : Il désigne ici le support servant au constat d'une manifestation de volonté ; on dit aussi l'*instrumentum*. Alors que l'acte juridique correspond à la manifestation de volonté elle-même, à sa substance : ce que l'on appelle le *negotium*.

- La deuxième exigence qui est posée par l'article 1341 du Code civil, selon lequel on ne peut prouver par témoin contre et outre le contenu d'un écrit.

→ Cela signifie que la preuve testimoniale, à laquelle on assimile la présomption du fait de l'homme, n'est pas suffisante pour contester le contenu de l'acte.

→ De même, ce mode de preuve n'est pas suffisant pour vouloir combler les lacunes d'un écrit.

- Il reste toutefois possible de prouver l'existence d'un écrit ou de prouver, contre et outre un écrit, par aveu ou par serment, dans la mesure où l'article 1341 du Code civil n'exclut ni l'aveu, ni le serment comme mode de preuve.

2. Les exceptions

Ces règles très importantes qui figurent à l'article 1341 Code civil comportent, cependant, des exceptions.

- Ces règles, notamment, ne valent pas en matière commerciale. La preuve d'un acte juridique entre commerçants peut se faire par tous moyens.

- En outre, en l'absence d'écrit pour les opérations de plus de 1 500 €, il est possible de faire état d'un commencement de preuve par écrit.

- Le commencement de preuve par écrit est défini à l'article 1347 du Code civil : il se définit comme tout acte écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Il s'agit donc d'un document écrit quelconque, par exemple une lettre, qui dépourvue de la valeur d'acte écrit, donc qui ne constitue ni une preuve littérale ni un acte sous seing privé ni un acte électronique, rend cependant vraisemblable l'allégation du demandeur en raison de son contenu et de son origine.

- La notion de commencement de preuve par écrit est assez largement entendue et un écrit n'est pas toujours nécessaire : on a pu considérer qu'une déclaration verbale faite devant un juge constituait un commencement de preuve par écrit. Si un tel commencement de preuve par écrit existe, la partie qui le produit est alors autorisée à compléter ce mode de preuve, qui reste imparfait, par d'autres moyens tels que le témoignage ou la présomption.

- Une troisième limite à la règle de l'article 1341 se trouve dans l'impossibilité de se procurer un écrit. Cette impossibilité peut-être initiale ou ultérieure.

- Elle concerne d'abord le cas où une partie n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale. On considère qu'il en va ainsi des contrats entre membres d'une même famille où l'écrit n'a pas sa place. Cette impossibilité est beaucoup plus rare dans les relations professionnelles; il a été jugé, toutefois, qu'elle pouvait se concevoir dans les rapports entre éleveurs à propos de la vente de bétail.

- L'impossibilité de se procurer un écrit concerne aussi le cas où le titre a été perdu. Il doit toutefois s'agir d'une situation grave par suite d'un cas de force majeure ; la négligence n'a pas sa place ici.

- Une quatrième limite posée à la règle de l'article 1341 se trouve dans la loi du 12 juillet 1980 précédemment citée. On rappellera que dans le cadre de cette loi, on est dispensé d'écrit dans le cas où la partie n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction fidèle et durable. La loi précise qu'est réputée durable, toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. On rappellera que la formule visait initialement les microfilms qui étaient en pratique dans les banques, les chèques étant détruits. La jurisprudence l'a élargie ultérieurement aux photocopies depuis un arrêt du 25 juin 1996 de la première chambre civile de la Cour de cassation. Ces copies d'un type particulier permettent désormais, en cas de non conservation de l'original, de faire la preuve d'un acte juridique sous réserve de l'appréciation par le juge de l'ensemble des indices qui lui sont soumis.

Chapitre 9

La personnalité juridique

Qu'est ce qu'une personne en droit, et surtout à quoi cela sert-il d'être une personne juridique ?

La personne peut être titulaire de droits subjectifs, à la différence des choses qui ne sont pas sujets de droit mais objets de droits.

La personnalité juridique est dotée d'effets juridiques importants à l'égard de celui qui la possède. Lorsque l'on parle de personne, c'est à l'être humain que l'on pense en premier. Mais il existe une différence entre la conception juridique et la conception commune de la personne. La conception juridique de la personne est plus large que la conception commune. En droit, sont considérées comme des personnes, non seulement les êtres humains mais également certains groupements appelés personnes morales.

Nous allons les étudier successivement : d'abord la personne physique, ensuite la personne morale.

§1 : La personne physique

Les droits subjectifs sont destinés en premier lieu aux êtres humains. Précisément parce qu'ils sont titulaires de droits subjectifs, on considère que les hommes disposent de la personnalité juridique. Nous verrons ainsi comment le droit caractérise cette personnalité juridique. Pour mettre en évidence la signification du passage de l'être physique à la personnalité juridique, on envisagera successivement l'existence et l'identification de la personne.

A. L'existence de la personne physique

1. La naissance : l'enfant né vivant et viable

Le sujet de droit est en principe reconnu au jour de la naissance de l'être humain et cela dès lors que l'enfant est né vivant et viable. Être né viable cela signifie qu'il faut être né avec tous les organes nécessaires à la vie et être suffisamment développé pour avoir la capacité de vivre de manière autonome par rapport à sa mère. En conséquence, un enfant mort dans le ventre de sa mère, avant ou pendant l'accouchement, n'est pas considéré comme viable.

Toutefois, il est possible de faire remonter la naissance de la personnalité juridique fictivement jusqu'au jour de la conception, toutes les fois qu'il en va de l'intérêt de l'enfant. Tel est le cas lorsqu'un de ses parents meurt avant qu'il ne naisse. Pour lui permettre d'hériter de ce parent, on va faire remonter l'existence de la personne jusqu'à la date présumée de la conception, soit sur une période comprise entre 180 et 300 jours avant la naissance. L'intérêt de l'enfant à être réputé né avant sa naissance est apprécié strictement par la Cour de cassation. Ainsi sur le plan pénal, les infractions d'homicide et de blessures involontaires ou volontaires n'ont pas été reconnues à l'égard d'un fœtus dans l'hypothèse d'un accident de la circulation ayant entraîné des blessures sur la mère et l'accouchement

prématuré d'un enfant mort-né : cette solution résulte d'un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2000.

2. La mort

A l'autre extrémité de la vie, l'existence de la personne juridique est marquée par la mort physique de l'individu. Il n'existe plus, comme dans le passé à l'égard de certaines personnes condamnées pénalement, de mort civile. En conséquence, la mort physique entraîne la disparition de la personnalité juridique.

3. L'absence, la disparition

Entre la vie et la mort, il y a une place pour l'incertitude lorsque la personne est absente ou a disparu. Le Code civil règle le sort de ces deux situations aux termes de l'article 112 du Code civil.

L'absence se définit comme la situation de celui qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles. Dans ce cas, peut être prononcé un jugement de présomption d'absence qui, 10 ans ou 20 ans plus tard, peut-être suivi d'un jugement de déclaration d'absence. Un tel jugement de déclaration d'absence emporte tous les effets que le décès établi de l'absent auraient eus. Son mariage est dissous, sa succession est ouverte, dans le jugement on a fixé une date théorique de décès. Lorsque la personne a disparu dans des conditions tragiques. On met en œuvre la procédure dite de disparition, prévue à l'article 89 du Code civil. Le tribunal fixe dans son jugement qui fait office d'acte de décès, une date théorique de décès. Cette procédure n'est ouverte que lorsque la personne dont le corps n'a pas été retrouvé, a été exposée à un grave péril, par exemple dans le cas d'un accident.

B. L'identification de la personne physique

Comment la personne est identifiée civilement ? L'identification des personnes physiques, s'opère principalement de quatre manières. Tout d'abord l'insertion de la personne physique dans la société s'opère pas la nationalité, mais cette question relève le plus souvent d'un cours de droit international privé, elle ne sera pas ici étudiée. L'insertion de la personne physique dans la société s'opère ensuite par sa désignation à travers le nom, mais également par sa localisation au moyen d'un domicile, enfin par son sexe. Nous présenterons successivement ces trois éléments.

1. Le nom

a. Nature du nom

Le nom est une appellation obligatoire qui sert à désigner une personne. C'est un élément distinctif de la personne qui poursuit, en principe, plusieurs objectifs.

- On pensait au XIXe siècle que le nom servait essentiellement les intérêts de l'État. Il est apparemment aujourd'hui que le nom permet toujours d'isoler la personne au sein de la société. Identifier une personne par son nom sert, en effet, à la distinguer à l'individualiser dans le groupe social. L'attribution d'un nom est alors considérée comme une mesure de police administrative en tant qu'elle permet à l'État de distinguer les individus entre eux, et cela en vue de faire régner l'ordre public. C'est pourquoi il est revenu à l'État d'organiser un état civil.

- Par la suite, pour faire obstacle aux usurpations de nom, la jurisprudence avait développé l'idée que le porteur d'un nom en était le propriétaire. Il pouvait donc, sur le fondement d'un droit de propriété, faire obstacle à son usurpation.

- Mais actuellement, cette qualification a été le plus souvent abandonnée au profit d'une conception du nom tirée de la théorie des droits de la personnalité. Il est, en effet, difficile d'affirmer qu'on est propriétaire de son nom, au moins à titre individuel, car cette théorie conduit à présenter le droit au nom sous les traits d'un droit cessible et transmissible par succession. Or le nom est incessible et s'acquiert principalement par filiation, non pas par héritage au moment de la succession. Aujourd'hui, on est largement tenté de considérer le nom comme un attribut de la personnalité. La personne détient sur son nom un droit qui s'attache à l'essence même de la personne. Il s'agit d'un droit de la personnalité comparable, dans sa nature, au droit au respect de la vie privée ou au droit à l'honneur.

b. Composition du nom : le nom de famille et le prénom

De quoi est composé un nom ? Chaque personne est désignée par un nom de famille - on l'appelait autrefois le patronyme ou le nom patronymique - auquel est ajouté au minimum un prénom. Ces questions sont régies par l'articles 311-21 du Code civil pour le nom et l'article 57 du Code civil pour le prénom.

- Le nom de famille est la marque de l'appartenance d'un individu à une famille et s'acquiert le plus souvent par la filiation. Depuis le 1er janvier 2005, les parents peuvent choisir le nom de famille de leur enfant dans le cadre d'une déclaration conjointe. Cette déclaration permet l'attribution soit du nom du père, soit du nom de la mère, soit de leurs deux noms accolés dans un ordre choisi par eux et cela dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix du nom de l'enfant, ce dernier prend le nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie en premier lieu. Il s'agira du nom du père si la filiation est établie simultanément à l'égard de la mère et du père.

- Le prénom permet de distinguer au sein d'une famille chaque membre. Depuis la loi du 8 janvier 1993, les règles d'attribution des prénoms ont été libéralisées. Ces prénoms sont choisis librement par les père et mère. Il n'est plus nécessaire que ce prénom soit extrait d'un calendrier. Mais il arrive que le choix du ou des prénoms paraisse contraire, en tant que tel ou par une association avec le nom de famille, à l'intérêt de l'enfant ou au droit de certains tiers à voir protéger leur nom de famille. Dans ce cas, l'officier d'État civil doit tout de même enregistrer le prénom, mais il doit en aviser sans délai le procureur de la République qui peut saisir le juge aux affaires familiales. Si ce juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il peut en ordonner la suppression sur les registres de l'État civil. Si les parents ne font pas un nouveau choix de prénom conforme aux intérêts de l'enfant ou conforme aux intérêts des tiers à voir protéger leur nom de famille, le juge va lui-même attribuer à l'enfant un autre prénom, prénom qu'il détermine lui-même.

c. Immutabilité du nom

- On parle également de l'immutabilité du nom. En principe, une fois qu'il est attribué, le nom est considéré comme immuable. On ne peut en changer volontairement. On est tenu d'ailleurs de se faire connaître devant l'autorité publique sous son nom de famille, et on est tenu, toujours auprès de l'autorité publique, de répondre au nom qui est le sien.

→ Le choix d'un pseudonyme n'est autorisé que de manière exceptionnelle et uniquement dans l'exercice de certaines activités particulières, par exemple dans le domaine du showbiz, en matière littéraire et artistique. En revanche, le choix d'un pseudonyme est impossible lorsque l'individu s'identifie auprès des représentants de l'État, et particulièrement devant l'autorité judiciaire. L'usage d'un faux nom constitue dans cette hypothèse une atteinte à l'État civil des personnes, qualifié de délit par l'article 433-19 du Code pénal. L'usage d'un faux nom peut, d'ailleurs, être à l'origine d'autres infractions : un faux en écriture civile, une escroquerie par l'emploi d'un faux nom, etc. Donc en principe on ne peut librement changer de nom.

- Mais il existe des exceptions au principe de l'immutabilité du nom.

→ On peut demander à changer de nom si l'on justifie d'un intérêt légitime : cette possibilité est inscrite à l'article 61 alinéa 1er du Code civil. Cette demande est le plus souvent justifiée par le souhait d'abandonner un nom ridicule, odieux, grossier, voire même déshonorant. Mais la demande de changement de nom peut aussi avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré. Cette demande peut enfin procéder de la volonté de faire disparaître un nom à consonance étrangère en vue d'accélérer un processus d'intégration. Dans ces hypothèses, le changement de nom est décidé par décret après avis du Conseil d'Etat.

→ On peut aussi demander à changer de prénom pour les mêmes motifs, c'est-à-dire si l'on justifie d'un intérêt légitime. Une telle demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou s'il s'agit d'un incapable, à la requête de son représentant légal.

d. Imprescriptibilité du nom

Le nom est également imprescriptible. En effet, le principe de l'immutabilité du nom se prolonge du principe de son imprescriptibilité.

- Cela signifie que le droit de porter un nom ne se perd pas par le non usage.

• Inversement, on est tenté de se poser la question de savoir si un nom peut s'acquérir à la suite d'une possession. La jurisprudence y est favorable. Un droit sur le nom peut être reconnu à celui qui fait état d'une possession loyale et prolongée de ce nom. Il peut ainsi arriver que les ascendants d'une personne aient modifié leur nom : c'est arrivé au moment de la Révolution pour les familles portant un nom à particule. Il était opportun à ce moment-là de perdre la particule. Cette personne a, en toute hypothèse, un droit sur le nouveau nom qu'elle a acquis par possession mais cet usage ne fait pas obstacle à ce que cette même personne renonce à s'en prévaloir pour préférer le nom de ses ancêtres, le nom donc qu'elle n'a pas perdu du seul fait de l'usage d'un autre nom par ses ascendants les plus proches.

e. Modes de protection du nom : l'usurpation du nom ; l'utilisation abusive du nom à des fins artistiques ou littéraires , à des fins commerciales et publicitaires

Comment protège-t-on son nom ?

• On peut d'abord pour protéger son nom exercer une **action en usurpation** afin d'interdire à un tiers l'usage de son nom. C'est une action, dite action en contestation d'État, en vertu de laquelle le porteur légitime d'un nom conteste à un tiers le droit de porter le même nom. Cette action peut être intentée par tous les membres de la famille, même par les membres qui ne portent pas le même nom du moment qu'ils justifient d'un intérêt. Toutefois, seuls les noms présentant une certaine rareté peuvent donner lieu à protection. Il n'est pas nécessaire à ce sujet de justifier d'un préjudice effectif distinct du seul intérêt de protéger son nom.

• Pour protéger son nom, on peut également exercer une **action en responsabilité contre l'utilisation abusive de son nom à des fins commerciales, littéraires ou artistiques.**

→ L'action en responsabilité contre l'utilisation commerciale d'un nom.

* Par principe, l'utilisation commerciale par une personne de son propre nom reste licite. En revanche, il est parfois impossible d'utiliser le nom d'autrui pour désigner son propre commerce. La jurisprudence condamne ce type d'utilisation lorsqu'il existe une confusion, ou un risque de confusion, entre le porteur du nom et le commerce

ainsi exploité. La jurisprudence est même allée plus loin : elle a interdit à un frère l'utilisation de son propre nom pour exploiter son commerce dans la mesure où ce nom était déjà utilisé par l'autre frère dans un commerce équivalent.

* Il est toutefois possible de donner son autorisation à l'exploitation commerciale de son nom. En l'absence d'autorisation par le porteur du nom, l'utilisation du nom d'autrui peut même apparaître légitime si elle ne porte pas préjudice au porteur initial du nom : sur ce point, tout est fondé sur l'absence de confusion et sur l'absence de préjudice. La plupart du temps, ce sont les noms rares qui ne peuvent être utilisés sans autorisation car à leur égard, le risque de confusion est évident. A l'inverse, l'utilisation de noms communs ne pose guère de difficultés.

→ **L'action en responsabilité contre l'utilisation du nom d'autrui à des fins littéraires ou artistiques** répond à la même logique. Le succès de la demande est subordonné aux mêmes conditions d'intérêt et de préjudice. Mais cette action, qui n'est concevable que s'il existe une confusion ou un risque de confusion, n'est reçue que si le nom est rare. En outre, il faut prouver l'existence d'un préjudice : celui-ci existe lorsque l'utilisation du nom s'accompagne d'une dévalorisation du personnage (par exemple, votre nom a été choisi pour décrire dans un roman, ou dans un film, un personnage particulièrement négatif).

Voilà pour ce premier signe distinctif, plus exactement deuxième signe distinctif après celui de la nationalité, il nous faut maintenant présenter un troisième signe distinctif : le domicile.

2. Le domicile

Toute personne doit être identifiée par son domicile. Avant de voir son régime juridique, nous présenterons les fonctions du domicile.

a. Le principe du libre choix du domicile : le lieu « principal d'établissement »

Plusieurs intérêts s'attachent à l'existence du domicile. Le domicile est le lieu à partir duquel la personne exerce ses droits, le lieu où se trouvent centralisés ses intérêts pécuniaires. Ce lieu peut être distinct du lieu de résidence, mais ce qui importe, c'est que ce lieu puisse permettre d'atteindre la personne, par exemple dans l'hypothèse d'une assignation en justice.

Pour connaître le domicile d'une personne, il convient en fait de s'en remettre à son choix. On est en effet libre de choisir son domicile, à moins que la loi ne nous assigne un domicile particulier par exemple pour les mineurs, qui ont pour domicile celui de leurs parents.

b. L'unicité du domicile

De toute façon, le choix du domicile n'est pas totalement libre. En effet, il faut que l'intention de se fixer à un endroit se concrétise par une installation matérielle qui corresponde à un établissement effectif, à une implantation réelle en ce lieu. A ce sujet, le Code civil indique à l'article 102 que le domicile se définit comme étant le lieu du principal établissement. Pour savoir ce qu'est ce lieu du principal établissement, le juge se réfère à des éléments de fait, tels que le rattachement professionnel, le rattachement familial, les habitudes, l'ampleur des intérêts pécuniaires de la personne concernée, etc. Toute personne doit donc avoir un domicile. Toutefois, elle ne peut, juridiquement, en avoir qu'un seul. Ainsi parmi tous les établissements qu'elle peut posséder, le choix doit se porter sur celui avec lequel la personne entretient les liens les plus étroits. Ce domicile est alors déterminé par référence à l'ensemble des critères qui ont été définis précédemment et qui constituent un faisceau d'indices.

- Toutefois le principe de l'unicité du domicile fait l'objet d'exceptions.

→ Il existe d'abord ce qu'il est convenu d'appeler des domiciles spéciaux. Cela signifie que pour un besoin particulier, la loi reconnaît valeur de domicile à certains lieux qui ne coïncident pas avec le lieu du principal établissement de l'individu. Par exemple, le domicile électoral peut être différent du lieu effectif de la personne.

→ En outre, la jurisprudence a été amenée à protéger les tiers de bonne foi qui ont cru que le domicile d'un individu se trouvait à un endroit particulier. Les tribunaux ont ainsi créé le domicile apparent lorsque celui-ci présente l'apparence d'un véritable domicile. Quel est l'intérêt de cette création jurisprudentielle ? Le domicile peut devenir attributif de compétence territoriale, lorsqu'il s'agit de trouver le tribunal compétent en cas de litige. Un individu sera alors valablement assigné devant le tribunal de son domicile apparent si les tiers, en général les fournisseurs, le voient résider assez fréquemment en ce lieu.

c. L'élection de domicile

- En matière contractuelle, les parties au contrat insèrent parfois dans leurs conventions une stipulation spéciale dite « clause d'élection de domicile ». Le domicile élu est alors le lieu où sont localisés les effets de l'acte juridique. Cette clause institue notamment une option de juridiction en vertu de laquelle l'autre partie conserve le choix de porter le litige soit devant le tribunal du domicile normal, soit devant le tribunal du domicile élu.

- Ainsi le domicile élu ne masque pas le domicile normal, il ne fait que le seconder. En outre, lorsqu'il y a élection de domicile, les effets de ce domicile ne jouent qu'entre les parties : c'est la conséquence de l'effet relatif des actes juridiques qui ne lient que les parties, principe de l'effet relatif qui est prévu à l'article 1165 du Code civil. De plus, en raison du principe de spécialité du domicile élu, cette élection ne vaut que pour les effets de l'acte dans lequel elle est intervenue. Les parties conservent donc leur domicile classique, normal, réel pour tous les autres actes.

d. La théorie des « gares principales »

Enfin, la jurisprudence a inventé ce qu'il est convenu d'appeler la théorie des « gares principales ». Lorsqu'une société dispose d'établissements multiples, et en vertu de cette théorie des « gares principales », il est possible de porter les litiges non pas devant la juridiction du siège social, mais devant celle de l'établissement directement concerné par le litige.

3. Le sexe

Quatrième signe distinctif de la personne : le sexe.

a. Immutabilité du sexe

Le sexe de l'être humain est en principe une chose invariable. C'est cette fixité qui fait du sexe un élément distinctif de la personne, un élément d'individualisation de la personne. Le sexe figure sur l'acte de naissance.

b. L'exception : le phénomène du transsexualisme saisi par le droit

- Cependant, en raison des progrès de la science médicale, il est aujourd'hui possible de changer de sexe : c'est ce que l'on appelle le phénomène de transsexualisme. On va essayer de définir ce qu'est le transsexualisme ou plus exactement le transsexuel. Le transsexuel est celui qui se sent victime d'une erreur insurmontable, insupportable, de la nature, dont il demande la rectification tant physique que civile pour parvenir à une cohérence de son psychisme et de son corps, et obtenir ainsi une réinsertion sociale dans le sexe opposé. En d'autres termes, le transsexuel souffre d'une opposition entre, d'une part son identité

physique et civile, et d'autre part son sexe psychique. A la suite d'une opération chirurgicale, on peut même dire que l'opposition s'est déplacée : elle n'existe plus qu'entre d'une part d'identité civile, et d'autre part l'identité physique et psychique.

- Le problème du transsexualisme s'est heurté à l'un des grands principes du droit civil : le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ce principe veut que toute convention, renonciation ou transaction intervenant sur l'état des personnes soit nulle et de nul effet.

- Pendant longtemps, la jurisprudence française ne laissait au transsexuel que la possibilité de modifier son prénom. La Cour de cassation refusait, en effet, de faire prévaloir le caractère psychologique du sexe sur son aspect physiologique, car elle considérait que le fait de se ressentir de l'autre sexe ne permettait pas d'en changer tout au moins à l'égard du droit civil.

- Mais cette position a ensuite évolué, à la suite des décisions de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.

- * Cette dernière a notamment considéré que le refus de changement de mention de sexe sur les actes de l'état civil constituait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

- * A la suite de cette solution rendue par la Cour européenne, la Cour de cassation a dû changer de position, ce qu'elle a fait au moyen de deux arrêts de son Assemblée plénière en date du 11 décembre 1992. Désormais, il peut y avoir un changement de la mention du sexe sur les actes de l'état civil. Mais ce changement est subordonné à des exigences particulières. Le changement d'état civil suppose d'abord que le changement de sexe réponde à des impératifs thérapeutiques. Il faut, en outre, que l'apparence physique de la personne se soit rapprochée du sexe opposé et qu'elle ait un comportement social conforme à sa nouvelle apparence. Elle doit, enfin, ne plus posséder les caractéristiques de son sexe originaire. Cette preuve doit alors être rapportée au moyen d'une expertise judiciaire.

§2 : La personne morale

A. La notion de personne morale

Commençons par une présentation de la notion de personne morale avant d'envisager une présentation des classifications de ces personnes morales.

1. Théorie de la fiction des personnes morales

La notion de personne morale n'a pas été envisagée explicitement par le Code civil. D'ailleurs au XIXe siècle, de nombreux auteurs ont considéré que le fait d'attribuer une personnalité juridique à des groupements procédait d'une pure fiction. Ces auteurs donnaient de la personne morale la définition suivante : il s'agissait de groupements d'individus ou de biens, créés en vue d'un objectif économique ou non, et auxquels leurs membres transféraient un patrimoine qui devenait autonome. De cette première conception, on en tirait les conséquences suivantes : la volonté exprimée par la personne morale n'était que celle de ses membres ; en outre, l'existence de la personne morale devait être soumise à l'autorisation du législateur.

2. Théorie de la négation des personnes morales

Mais à la fin du XIXe siècle, une seconde conception de la personne morale a vu le jour. Selon celle-ci, la notion de personne morale serait fautive. Le fait de fonder un groupement d'individus de biens ne donnerait pas naissance à une personnalité distincte. Le groupement donnerait alors naissance à une propriété collective, ou procéderait d'un simple lien contractuel entre plusieurs individus.

3. Théorie de la réalité des personnes

Cette théorie qui tend à nier l'existence de la personne morale a rapidement été critiquée par une troisième conception, celle dite de la réalité de la personne morale. Selon cette conception, il n'est pas exact de nier la notion même de personne morale, ni même d'affirmer qu'il s'agit d'une fiction. Selon cette théorie de la réalité de la personne morale, le groupement est bien distinct des membres qui le composent.

Cette personne morale est dotée d'organes qui disposent d'une volonté autonome, volonté qui n'est pas la simple coordination des volontés de ses membres. La personne morale a certes une volonté collective, mais elle dispose d'une volonté qui lui est propre. On peut donc dire d'après cette théorie que la volonté de la personne morale transcende celle de ses membres.

- Il semble aujourd'hui que cette théorie de la réalité de la personne morale ait été accueillie par le juge. La Cour de cassation a en effet affirmé dans un arrêt rendu en 1954 que la personnalité civile n'est pas une création de la loi et elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés. Ainsi, pour savoir si un groupement dispose de la personnalité morale, il faut s'en remettre à son objet et ses conditions de fonctionnement. S'ils permettent de servir des intérêts distincts de ceux de ses membres, il s'agira sans doute d'une personne morale et c'est ce qui a été décidé pour le comité de groupe (le comité de groupe est une structure de représentation du personnel mis en place au sein d'un groupe d'entreprises) dans une décision de la Cour de cassation en 1990.

B Les classifications des personnes morales

Ebauchons maintenant une classification de ces personnes morales.

1. Les personnes morales de droit public

Traditionnellement, on distingue parmi les personnes morales celles qui sont régies par le droit privé de celles qui relèvent du droit public. Citons quelques exemples de personnes morales de droit public : l'Etat, le département, la commune, et leurs établissements publics.

Nous ne nous intéresserons qu'aux personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public devant être étudiées plutôt dans le cadre d'un cours de droit public.

2. Les personnes morales de droit privé

Au sein de ces groupements, on distingue les groupements de personnes, et les groupements de biens.

a. Les groupements de personnes

- Certains groupements sont à but lucratif : il s'agit des sociétés définies à l'article 1832 du Code civil. Aux termes de l'article 1832 alinéa 1, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra

en résulter. Parmi les sociétés on distingue celles qui sont civiles de celles qui sont commerciales.

→ Les sociétés civiles sont celles qui ne font pas d'opération de commerce. Tel est le cas des sociétés d'huissiers, des sociétés de médecins, ce que l'on appelle les sociétés civiles professionnelles.

→ Les sociétés commerciales sont celles qui adoptent une forme sociale correspondant à leur finalité, c'est-à-dire la réalisation d'actes de commerce.

* Il existe des sociétés commerciales de capitaux, avec comme exemples la société anonyme et la SARL. Il s'agit de groupements de personnes dans lesquels chaque membre dispose d'une part du capital, laquelle limite sa responsabilité en cas de défaillance de l'entreprise. Plus exactement les associés ne sont tenus des dettes sociales qu'à la hauteur de leur investissement.

* En revanche, dans les sociétés dites de personnes telles que la SNC - la société en nom collectif - les associés sont tenus indéfiniment et solidairement sur l'ensemble de leur patrimoine des dettes de la société.

* Il existe également des groupements sociétaires de personnes morales appelés GIE (groupements d'intérêt économique). Ces groupements particuliers sont régis par l'ordonnance du 23 septembre 1967. Leur but est de faciliter ou développer l'activité économique de leurs membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité.

• Les associations et les syndicats sont des personnes morales que l'on doit distinguer des sociétés par leur caractère désintéressé.

→ L'association, dont le régime juridique et le statut ont été fixé par une loi de 1901, est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices. Cela ne veut pas dire qu'elles ne peuvent pas faire de bénéfices ; en revanche, il leur est interdit de répartir ces bénéfices entre leurs membres.

→ Quant aux syndicats, ils sont définis dans le code du travail : les syndicats ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts.

b. Les groupements de biens

A côté de ces groupements de personnes, il faut aussi compter sur les groupements de biens.

L'EURL

L'EURL - entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée - ressemble à un groupement de biens car cette entreprise permet à une seule personne d'isoler une partie de son capital pour exploiter, au nom de la société qu'elle constitue, une entreprise. Mais la loi considère qu'il s'agit d'une société.

La fondation

En fait, les groupements de biens rassemblent essentiellement les fondations. La fondation naît d'un acte par lequel une ou plusieurs personnes décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources, à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Cette fondation peut aussi s'accompagner de la création d'une personne morale : il faut alors passer par un décret de reconnaissance d'utilité publique.

C. Régime juridique des personnes morales

Terminons par quelques éléments qui ont trait au régime juridique, notamment à la naissance et à la dissolution des personnes morales.

1. La naissance : immatriculation, déclaration

- La création d'une personne morale exige généralement l'accomplissement de certaines formalités. Pour une société commerciale ce sera son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Pour un syndicat ce sera une déclaration à la mairie. Pour une association ce sera une déclaration à la préfecture. Les fondations, de leur côté, ne jouissent de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Ces formalités consistent à faire connaître les statuts du groupement à l'administration qui, soit constate l'existence et le caractère complet des documents présentés, soit prend une part active en autorisant, agréant ou approuvant la constitution de la personne morale.

- Une fois constituée, la personne morale dispose de la capacité à agir juridiquement. Le groupement est considéré comme ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres ; il est traité comme s'il était lui-même titulaire de droits. Ainsi, la personne morale dispose d'un nom, d'un domicile, d'une nationalité. Elle dispose d'un patrimoine et peut contracter avec autrui. Elle peut agir en justice. Elle peut engager sa responsabilité civile et pénale.

→ Il existe, cependant, une limite à la capacité juridique des personnes morales. L'activité de celle-ci est limitée par la règle de la spécialité. Les actes accomplis ne sont valables que s'ils sont conformes à leur objet social, celui-ci étant défini à la fois par la loi et les statuts. En dehors de cet objet, la personne morale n'a pas la capacité de traiter. Les personnes morales exercent leurs droits par l'intermédiaire des organes qui, d'après la loi ou leurs statuts, ont qualité pour les diriger et pour agir en leur nom.

2. La disparition : liquidation, dévolution des biens

- Les causes de disparition des personnes morales sont les plus diverses.

→ La disparition d'une personne morale peut d'abord être prévue pour une cause définie par les statuts. Elle peut être volontaire ou judiciaire.

→ La disparition d'une personne morale peut également être organisée par une cause définie par la loi. Par exemple, la société prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée par la réalisation de son objet.

- Que devient l'actif de la personne morale dissoute une fois la liquidation achevée et les dettes payées ? La dévolution des biens de la personne morale est sans rapport avec la succession des personnes humaines. Les règles sont particulières pour chaque type de personne morale.

→ A l'égard d'une société, le solde résultant de la liquidation des biens et des créances du groupement est versé entre les mains des membres.

→ Cette solution est en revanche impossible pour les associations et les syndicats. Les biens d'une association ou d'un syndicat sont attribués conformément aux statuts et aux décisions de la l'assemblée des membres. Cette dévolution peut se faire à l'égard d'un groupement poursuivant un but analogue. Les biens ne peuvent en aucun cas, être partagés entre les membres.

Chapitre 10

Les droits de la personnalité

Les droits de la personnalité sont des droits inhérents à la personne. Ils ne sont pas appréciables en argent. Ils servent à protéger les caractéristiques physiques, morales mais également sociales de la personne, et à ce titre ils se rattachent à une conception philosophique de la personne.

Sont considérés comme des droits de la personnalité des droits suivants : le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image également, le droit à la voix, le droit au secret des correspondances, le droit à la considération et à l'honneur, le droit à la dignité, le droit au respect des croyances, le droit à l'inviolabilité du domicile, le droit à la présomption d'innocence, également le droit au nom précédemment étudié. Nous n'étudierons pas, par ailleurs, le droit au respect du corps humain qui peut tout de même être rattaché à la catégorie des droits de la personnalité. On rattache également à cette catégorie le droit moral que la personne détient sur l'œuvre artistique qu'elle crée, mais il s'agit d'une question technique qui relève davantage d'un cours sur la propriété intellectuelle.

§1 : Le droit au respect de la vie privée

Premier le droit de la personnalité : le droit au respect de la vie privée.

Ce droit au respect de la vie privée est protégé par de nombreux textes internationaux, notamment par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et l'article 17 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966. Ce droit au respect de la vie privée est également protégé par le droit interne : c'est l'article 9 du Code civil.

Mais l'ensemble de ces textes ne définit pas ce qu'est la vie privée.

Avant d'aborder des questions qui tiennent au régime juridique du droit au respect de la vie privée, notamment des questions qui tiennent à sa sanction, à sa protection, nous allons d'abord étudier une définition qui nous sera dictée par les éléments livrés par la jurisprudence.

A. Définition de la vie privée et domaine de protection

- En fait, il est très difficile de donner une définition de la vie privée, ou de l'intimité de la vie privée puisque l'alinéa 2 donc l'article 9 du Code civil fait état de cette intimité de la vie privée. Il s'agit d'une notion évolutive en raison des interférences qui peuvent exister entre la vie publique et le domaine de la vie personnelle et familiale. Et cela est très net à l'égard d'hommes publics tels que les artistes et les hommes politiques. La loi ne donne aucune définition de la vie privée. C'est donc la jurisprudence qui s'est attachée, au fil des décisions, à en donner les contours.

- Une première distinction peut se dessiner entre les éléments qui font partie de manière absolue de la vie privée, et ceux qui échappent nécessairement au domaine de la vie privée.

→ Certains éléments, en effet, font toujours partie de la vie privée. La jurisprudence mentionne ainsi les faits ayant trait à la vie et aux relations affectives d'une personne. L'appartenance de ces éléments au domaine de la vie privée présente ici un caractère absolu. La personne qui fait des révélations sur la vie affective d'une autre personne viole son droit au respect de la vie privée, et même si cette personne, dont les éléments de la vie privée sont révélés, a une notoriété publique. Ce caractère absolu s'attache également à l'état de santé de la personne, à l'état de grossesse qui ne peut être révélé, également au lieu du domicile de la personne, au lieu même de la résidence. On est en effet en droit, pour échapper aux indiscretions, de ne pas faire connaître le lieu de sa résidence, le lieu de son domicile. Evidemment, il en va autrement si cette dissimulation a pour but d'échapper à l'exécution de ses obligations, en particulier a pour objet de faire échec au droit des créanciers.

→ Il existe, à l'opposé, certains faits qui ne font jamais partie de la vie privée. Il s'agit des renseignements purement patrimoniaux sur une personne, à moins, il est vrai, que ces renseignements aient en même temps trait à la vie privée de l'intéressé. Par exemple, porte tout de même atteinte au droit au respect de la vie privée la révélation d'informations sur la situation de fortune d'un chanteur, lorsqu'elle s'accompagne d'indications sur le mode de vie de cet artiste et sur sa personnalité : cette solution est issue d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 mai 2000.

• Enfin, il existe un certain nombre de faits qui doivent être appréciés de manière relative, et cela en fonction du degré de notoriété de la personne. Tout dépend ici de la personne visée par les révélations, et des circonstances concrètes dans lesquelles les faits se sont déroulés. C'est pourquoi, les personnes connues du public disposent d'un cercle d'intimité plus restreint. Mais, elles ne sont pas dépourvues d'une vie privée et en principe, la divulgation d'un acte de la vie quotidienne, même à l'égard de ces personnes publiques, est illicite.

B. Tempéraments à la protection de la vie privée

A coté de ce principe, il existe toutefois des exceptions ou des tempéraments à la protection de la vie privée des personnes.

• Aucune sanction ne peut être infligée à une personne qui diffuse un événement de la vie privée d'une autre personne avec son consentement. Le problème juridique se pose de savoir comment peut s'exprimer ce consentement, à partir de quel moment est-il clair et non équivoque. Le juge s'est prononcé sur ce point. Le consentement bien sûr peut-être exprès, il peut également être tacite et notamment ce consentement peut se déduire indubitablement des circonstances qui entourent l'affaire. Par exemple, un journaliste s'annonce auprès d'une personne connue, lui dévoile sa qualité de journaliste et sa volonté d'écrire un article sur cette personne, et reçoit des informations sur sa vie privée. Il est autorisé tacitement à les publier et aussi à publier éventuellement la photographie qu'il a prise de cette personne. En revanche, la publication dans la presse de photos ou de récits relativement à la vie privée d'un individu, portent atteinte à l'intimité de la vie privée, si ces photos ou renseignements ont été captés par indiscretion : c'est notamment le cas de ces éléments de la vie privée obtenus à l'insu de l'individu concerné.

• Mais le consentement ne peut être présumé et doit être considéré comme devant être accordé au cas par cas. Ainsi la règle demeure que le consentement donné pour la révélation d'un fait particulier à une personne particulière, ne vaut que pour cette personne et que pour ce fait. Il est vrai que certaines décisions ont parfois autorisé la redivulgation de faits rendus publics par l'intéressé. Mais le principe demeure : il faut pour publier une nouvelle fois les faits, redemander à la personne concernée son consentement. De même, le fait d'avoir toléré l'intrusion de la presse dans sa vie privée pendant un certain temps n'implique pas renonciation de se prévaloir pour l'avenir de l'atteinte à l'intimité de la vie privée.

Ainsi conçu, le droit au respect de la vie privée prend sa place exacte. C'est le droit à une certaine sphère d'intimité, et pris dans son application majeure, le droit au respect de la vie privée marque une limite évidente à la liberté de la presse et à la liberté d'expression.

C. Modes de protection

Comment peut se protéger ce droit au respect de la vie privée ? On trouvera, en particulier à l'article 9 du Code civil, une série de sanctions visant à protéger le droit au respect de la vie privée.

- Certaines sanctions visent d'abord à empêcher la divulgation d'une information auprès du public. C'est, de loin, la sanction la plus appropriée dans la mesure où elle peut être ordonnée en référé avant la publication.

- Le texte cite la saisie qui peut être prononcée par le juge, c'est-à-dire la mise sous main de justice des objets litigieux. Eu égard à la gravité de cette mesure et à l'atteinte importante qu'elle pose à la liberté d'expression, le juge utilisera cette sanction de manière parcimonieuse : la jurisprudence exige que cette sanction ne soit utilisée que dans des cas extrêmes où aucune autre forme de réparation ne peut convenir.

- Le texte de l'article 9 cite également le séquestre. Le séquestre est un dépôt d'origine judiciaire d'un objet pour le temps du procès. C'est, par exemple, le séquestre du magazine qui publie des éléments relevant la vie privée d'un individu et cela pour le temps du procès.

- Mesure plus radicale, c'est celle de la censure de certains passages.

- Il y a également des sanctions réparatrices. Le mal a été fait, il faut maintenant offrir une réparation à la personne qui a été atteinte dans son intimité. Ces sanctions réparatrices consistent, le plus souvent, en un versement de dommages et intérêts. Ils servent à réparer le préjudice qui a été causé à la victime du fait de la divulgation des éléments concernant sa vie privée. Pour que ces dommages-intérêts soient accordés, il faut, mais il suffit, que l'atteinte à la vie privée soit démontrée. La jurisprudence admet même que ces dommages et intérêts puissent avoir une valeur punitive.

- Le juge dispose également d'autres sanctions à sa disposition.

- Il peut condamner à la publication in extenso du jugement de condamnation dans tel ou tel journal, en général dans le journal qui est à l'origine de l'atteinte au droit au respect de la vie privée. Le juge peut aussi condamner à la publication simplement d'un encart rectificatif.

- Enfin, il existe également des sanctions pénales : la victime peut agir devant le juge pénal sur le fondement des articles 226-1 et suivants du Code pénal.

§2 : Le droit à l'image

A. Nature du droit à l'image

- Toute personne a droit au respect de son image, ce droit étant a priori distinct du droit au respect de la vie privée. Mais il est vrai qu'une violation du droit à l'image peut s'accompagner d'une violation du droit au respect de la vie privée.

→ La jurisprudence pensait initialement que cela n'était pas toujours le cas, notamment lorsque l'intéressé était photographié dans un lieu public. On pensait initialement que le droit à l'image débordait le droit au respect de la vie privée.

→ Mais la jurisprudence, aujourd'hui, considère que ce droit à l'image relève pleinement la vie privée et à ce titre de l'application de l'article 9 du Code civil. En conséquence, le droit à l'image est bien dans le prolongement du droit au respect de la vie privée, au même titre d'ailleurs que le droit au secret des correspondances puisque la jurisprudence l'inscrit dans le sillage de l'article 9 du Code civil. Comment expliquer ce rattachement ? On se souvient que le droit au respect de la vie privée est une forme de droit au respect de sa tranquillité, le droit au respect de son quant-à-soi, le droit tout simplement d'échapper au regard d'autrui. Or justement, le droit à l'image est également le droit d'échapper au regard d'autrui.

- De l'existence d'un droit à l'image,

→ Il résulte que l'image d'une personne prise dans un lieu privé nécessite toujours son consentement. Par exemple, l'investigation dans la vie privée d'un individu, et cela au moyen d'un téléobjectif permettant de capter l'image de la personne au bord d'une piscine par exemple, ne saurait minimiser le préjudice de cette personne alors même qu'elle connaît une notoriété publique.

→ Dans un lieu public la prise de vue en premier plan d'une personne nécessite en principe également son consentement, sauf il est vrai pour des raisons de sécurité et d'ordre publics. La reproduction et la diffusion de cette image suivent alors le même régime d'autorisation : il faut recueillir le consentement de la personne pour reproduire ses traits, pour publier son image.

- Comme à l'égard du droit au respect de la vie privée, il appartient à celui qui invoque l'autorisation d'une publication d'en rapporter la preuve.

B. Tempéraments au droit à l'image

Ce droit à l'image comporte, comme le droit au respect de la vie privée, un certain nombre de limites.

- On l'a vu, un premier tempérament se trouve dans l'accord en vue de la reproduction et de la diffusion d'images. En effet, celle qui s'estime victime ne pourra plus se plaindre sur le fondement de l'atteinte du droit d'image, dès lors qu'elle a donné son autorisation à la captation, à la reproduction et à la publication de son image. Cette autorisation peut être explicite mais aussi tacite. Il n'est pas nécessaire également de demander cette autorisation si la photo est prise dans un lieu public, et lorsque la personne en cause ne constitue pas le sujet principal de la photo.

- De même, comme pour le droit au respect de la vie privée, l'information du public nécessite parfois une mise à l'écart du droit à l'image. On peut photographier une personne dans un lieu public pour les besoins de l'actualité, notamment aussi lorsque cette personne est en cause dans un procès public. Il importe peu à cette occasion que la personne en cause soit le sujet principal de la photo. Le sujet ne pourra se plaindre que si la photo fait l'objet d'une utilisation autre qu'informative, par exemple lorsque cette photo est utilisée dans un objectif commercial ou publicitaire.

§3 : Le droit à la voix

Autre droit de la personnalité : le droit à la voix. La voix est considérée comme un attribut de la personnalité.

- La voix est un élément de la personne physique, plus exactement une émanation de la personne physique, et son imitation est de nature à entraîner une confusion des personnes. Dans ce cas, elle est illicite sauf dans le cadre d'imitation ou de parodie d'homme public.

- La captation et la reproduction de conversations privées, dans le cadre d'écoutes clandestines faites à l'insu des personnes intéressées, sont également illicites autant du point de vue civil que du point de vue pénal. En droit pénal, on cite à ce titre l'article 226-1 du code pénal qui punit d'une peine d'emprisonnement et d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter atteinte volontairement à l'intimité de la vie privée d'autrui, notamment en captant, enregistrant ou transmettant sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel.

§4 : Le droit au secret des correspondances

- Le juge s'est attaché à protéger le secret des correspondances privées.

- Le juge interdit, en effet, en se fondant sur l'article 9 du Code civil, la production en justice d'une lettre révélant des éléments de la vie privée de son auteur en absence de son consentement.

- Le droit pénal lui-même contribue à protéger le secret des correspondances. On citera à ce titre l'article 226-15 pour l'infraction commise par un particulier, et l'article 432-9 pour l'atteinte commise par un agent public, un agent dépositaire de l'autorité publique.

- Plus récemment on trouve dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation des arrêts mettant en valeur ce droit au secret des messages personnels.

- Citons d'abord l'arrêt Nikon rendu le 2 octobre 2001 sur le fondement de l'article 9 du Code civil. Selon cet arrêt, il est interdit à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié, ou reçus par lui, grâce à l'outil informatique.

- Mais il restait au juge à préciser dans quelles conditions l'employeur pouvait faire ouvrir les fichiers personnels du salarié, lorsqu'il suspectait une activité illicite. La réponse se trouve dans un arrêt du 17 mai 2005 : la Cour de cassation décide que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels et contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé.

- Il restait au juge d'autres questions à trancher, et notamment le problème de savoir quelle distinction il fallait établir entre les documents personnels et les documents professionnels du salarié. Deux arrêts rendus le 18 octobre 2006 nous apportent des réponses précises sur ce sujet.

- * Concernant les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour l'exécution de son travail, le premier des arrêts cités a décidé qu'ils sont présumés avoir un caractère professionnel sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

* Alors que la solution précédente intéressait les documents informatiques, le deuxième arrêt rendu le 18 octobre 2006 concernait les documents autres qu'informatiques qu'un salarié peut détenir dans le bureau mis à sa disposition par l'entreprise, par exemple des dossiers papier. Ce deuxième arrêt précise que ces dossiers sont, là encore, sauf si le salarié les identifie comme personnels, présumés avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

§5 : Le droit à l'honneur et à la considération

- Le droit à l'honneur est distinct du droit à la considération, même si honneur et considération restent des notions associées.

- L'honneur est un sentiment, un état d'esprit, le sentiment de n'avoir rien à se reprocher qui soit contraire à la morale, à l'honnêteté ou à la probité.

- La considération est plus exactement une image ou la projection d'une image, l'image que la personne donne d'elle-même, image qui n'est pas visuelle. En fait, la considération est le sentiment qu'une personne fait naître dans l'esprit d'autrui. Ainsi, un individu peut souffrir d'une dégradation de sa considération lorsqu'un propos, une publication a jeté le trouble sur la moralité ou l'honnêteté de son activité.

- L'atteinte à l'honneur et à la considération peut constituer le délit de diffamation dans des conditions très particulières : lorsqu'elle résulte de l'allégation ou de l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Dans quelles circonstances y a-t-il un tel délit de diffamation ? En général, c'est lorsque la personne s'appuie sur un fait précis : par exemple, dire d'un fonctionnaire qu'il a rédigé un faux.

- Il est possible également que l'atteinte à l'honneur et à la considération constitue le délit d'injures et cela lorsque l'atteinte faite à l'honneur et à la considération procède d'une expression outrageante, un terme de mépris, ou d'une invective, alors même que ces éléments ne renferment l'imputation d'aucun fait.

Ces deux infractions - la diffamation et l'injure - sont réprimées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

- L'atteinte à l'honneur et à la considération constitue aussi une faute civile. La victime peut donc obtenir réparation du préjudice subi. Le mode de réparation adéquat en la matière passe non pas seulement par l'attribution d'une somme d'argent, mais surtout par la publication du jugement de condamnation dans la presse, publication qui peut se faire aux frais de l'auteur des propos diffamatoires ou injurieux dès lors que le tribunal l'ordonne.

- La mise en cause d'une personne dans un périodique peut aussi justifier l'exercice d'un droit de réponse, même en l'absence de faute civile ou pénale. La personne qui s'estime victime va pouvoir, dans ces conditions, exprimer son point de vue dans le support qui a servi à diffuser la mise en cause de l'intéressé.

§6 : Le droit à la dignité

Autre droit de la personnalité qui a pris ces dernières années une ampleur importante : le droit à la dignité.

Le droit à la dignité est une notion difficile à définir. C'est un droit de valeur constitutionnelle fortement implanté en droit positif. Le principe de sauvegarde de la dignité humaine trouve aujourd'hui à s'appliquer dans des situations les plus diverses et nous allons, dans un premier temps, étudier les fondements de ce droit à la dignité avant d'en cerner la définition.

A. Fondements du droit à la dignité

- Quels sont les fondements du droit à la dignité ? Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 29 juillet 1994, donna à ce droit à la dignité, valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel réalisa ainsi ce que souhaitait l'assemblée constituante de 1945, celle-ci ayant voulu adopter une déclaration des droits de l'homme intégrant le droit à la dignité. Mais en 1946, ce projet d'intégration avait échoué. En 1994, le Code pénal se dota également, dans son livre 2 sur les crimes et délits contre les personnes, d'un titre comportant un chapitre intitulé « des atteintes à la dignité de la personne ». Dans ce chapitre on trouve une section qui traite des discriminations, mais on trouve également une section sur les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Le droit à la dignité se trouve également consacré par l'article 16 du Code civil.

- On se rend compte qu'à travers ces multiples supports, ces multiples protections, le principe de sauvegarde de la dignité humaine trouve à s'appliquer dans les situations les plus variées.

- On peut d'abord remarquer qu'il a servi à protéger la condition humaine dans le domaine de la bioéthique. Il intéresse en conséquence non pas la personne née, mais la personne humaine en devenir.

- Il a vocation également à protéger l'intégrité du corps humain mais également à protéger l'intégrité morale de la personne, donc à la fois l'intégrité physique et l'intégrité morale de la personne.

- * Il a ainsi été invoqué pour fonder le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient, notamment dans un arrêt du 9 octobre 2001.

- * La chambre criminelle de la Cour de cassation a pu également considérer que l'interrogatoire d'une personne placée en garde à vue, nue au milieu d'une pièce, constituait un traitement inhumain, humiliant, en fait une atteinte à la dignité humaine.

- * La même atteinte a été reconnue dans le cadre d'une fouille publique au sein d'un supermarché, fouille publique du sac et des vêtements d'une personne suspectée de vol.

- Le principe de sauvegarde de la dignité est surtout un rempart contre toute tentative de réification de la personne, c'est-à-dire contre toute tentative consistant à déshumaniser la personne. On le voit très nettement à travers le droit à un logement décent ; on le voit aussi lorsqu'il a été question de condamner une pratique, celle du lancer de nains, pratique qui consistait à assimiler un nain à un projectile et à le faire lancer par des spectateurs. Cette pratique avait été condamnée en 1995 par le Conseil d'État.

- Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine protège aussi de l'indécence, et des risques d'exclusion et de discrimination des porteurs du virus HIV, et cela on a pu le remarquer à travers la condamnation d'une campagne publicitaire montrant un torse nu, un torse humain, un bas-ventre et un fessier, avec la mention « HIV positive ».

- Si la condition de la personne vivante est la cible du principe de sauvegarde de la dignité mais pas seulement, ce principe a servi également à protéger la condition et l'image des morts.

- La Cour européenne des droits de l'homme, elle-même aussi, a découvert toutes les richesses de ce principe sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour condamner certaines mesures privatives de liberté, telles que celles qui ont consisté à placer des détenus dans des cellules étroites et surpeuplées, sans possibilité de circulation et sans aération en dépit d'une chaleur importante.

B. Définition du droit à la dignité

Alors nous avons fait un panorama de la jurisprudence rendue sur le sujet, jurisprudence issue du Conseil constitutionnel, mais également de la Cour de cassation et du Conseil d'État. De ce panorama on peut essayer de tirer une définition. L'ensemble de ces décisions montre que l'atteinte à la dignité est souvent invoquée pour obtenir réparation des atteintes portées à l'intégrité physique et morale de l'être humain. Le droit au respect de la dignité sert ainsi à faire échec aux tentatives de dégradation du corps humain. Ce principe sert également à réparer les dommages nés de la dévalorisation de la personne humaine lorsque celle-ci est atteinte en tant que personne insérée dans une société, dans des relations sociales. L'atteinte à la dignité se réalise finalement à l'occasion d'une utilisation de la personne humaine qui confine à sa réification.

§7 : Le droit au respect des croyances religieuses et philosophiques

- L'individu est également protégé dans ses croyances. Encore faut-il que l'atteinte à ses croyances soit suffisamment grave pour qu'elle justifie la saisine du juge, notamment le juge des référés. Là encore la jurisprudence s'efforce de trouver un équilibre entre le respect d'un droit protégeant la personnalité du croyant, et le respect d'une liberté qui reste fondamentale - la liberté d'expression - liberté d'expression qui peut amener à critiquer les croyances d'autrui.

- La critique du fait religieux peut aussi dans ses excès être constitutive du délit d'injure publique raciale. L'article 33 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 punit d'une peine d'emprisonnement et d'une peine d'amende, l'injure commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine, ou de leur appartenance - ou de leur non appartenance - à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

§8 : Le droit à l'inviolabilité du domicile

Autre droit de la personnalité important, qui répond d'ailleurs à la nécessité d'avoir un domicile : le droit à l'inviolabilité du domicile. Il n'est pas question ici de reprendre les éléments de cours qui ont trait au choix du domicile ; il nous faut ici surtout insister sur la définition du droit à l'inviolabilité du domicile. La présentation de cette définition passera par l'étude de ses fondements.

- Quelle définition apporter à ce droit à l'inviolabilité du domicile ? La personne a un droit à la tranquillité, elle a le droit de repousser toute immixtion dans son domicile. Ce droit justifie les nombreuses conditions que la loi pose à l'égard de la possibilité donnée aux pouvoirs publics de visiter un domicile. Le droit à l'inviolabilité du domicile protège donc

l'individu contre les immixtions de l'État dans un domicile, mais ce droit sert aussi à protéger l'individu contre les abus d'autres particuliers.

- D'où procède ce droit à l'inviolabilité du domicile ?

→ On pourrait, il est vrai, le placer dans le prolongement du droit de propriété : parce qu'on est propriétaire de son domicile, on peut empêcher autrui de s'immiscer dans son domicile. Mais cette justification n'a plus lieu d'être. Les locataires eux-mêmes disposent sur la résidence qu'ils ont choisie comme domicile, et même s'ils ne sont pas propriétaires, d'un droit à l'inviolabilité du domicile. On sait, par ailleurs, que constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée le fait, pour un propriétaire de pénétrer dans le domicile de son locataire sans son consentement et cela, par exemple, pour faire visiter des locaux à un nouveau candidat à la location.

→ Le droit à l'inviolabilité du domicile trouve en réalité son fondement, sa justification, dans la protection de la personnalité. Ce droit est un complément utile au droit au respect de la vie privée. Il permet à l'individu de faire obstacle aux immixtions indésirables dans des lieux où, selon l'expression légale, en se disant chez lui, il entend être tranquille.

- A noter que la violation de domicile constitue aussi un délit pénal, non pas seulement un délit civil, et le législateur a bien rangé ce délit dans la catégorie des atteintes à la personnalité.

- La jurisprudence considère également qu'une personne morale peut, comme une personne physique, être victime d'une violation de son domicile.

§9 : Le droit à la présomption d'innocence

On commencera par présenter une définition du droit à la présomption d'innocence, avant d'exposer les modes de protection de ce droit.

A. Définition

- Le droit à la présomption d'innocence a été établi comme une limite à la liberté d'expression et d'information : voilà la définition qu'on en donne classiquement. Constitue une atteinte à la présomption d'innocence le fait de présenter publiquement comme coupable, avant toute condamnation définitive, une personne poursuivie pénalement.

- Cette présomption était déjà protégée par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; elle est également protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Depuis 1993, elle est l'objet d'une protection spécifique dans le Code civil, et le fait de l'avoir inscrit dans le Code civil plutôt que dans le Code de procédure civile montre la volonté du législateur de lui donner un champ d'application très large. En matière pénale, une loi du 15 juin 2000 est venue également renforcer cette présomption d'innocence : cette loi du 15 juin 2000 avait apporté des modifications au régime de la garde à vue ; elle avait créé le statut de témoin assisté, en instituant aussi un juge des libertés et de la détention compétent à la place du juge d'instruction pour décider du placement en détention provisoire ; elle avait également essayé de rechercher un meilleur équilibre entre la liberté de la presse et les droits de la personne, par exemple en interdisant la diffusion, sans son consentement, de l'image d'une personne menottée ou entravée.

B. Les modes de protection

- Il ne s'agit pas seulement de proclamer le droit à la présomption d'innocence, encore faut-il offrir à la personne les moyens de faire respecter ce droit . On trouvera des modes de protection d'abord à l'article 9-1 du Code civil alinéa 2 : ce texte permet à la victime de solliciter du juge une sanction qui paraît adéquate, préférable d'ailleurs au simple octroi de dommages et intérêts. Aux termes de ce texte, lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure telle que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne responsable de cette atteinte.

- Dans quels cas concrets peut-on considérer qu'il y a atteinte à la présomption d'innocence ?

- En général, il y a atteinte à la présomption d'innocence lorsqu'un journaliste part d'un préjugé et présente dans un journal, avec certitude, un individu comme coupable alors qu'il n'a pas encore fait l'objet d'une condamnation. En toute hypothèse, il n'est pas interdit dans les journaux de divulguer le nom d'une personne majeure mise en examen, et il est toujours autorisé pour les journalistes de rendre compte des débats judiciaires, des affaires judiciaires même en cours d'instruction, dès lors qu'il n'est pas fait état de la culpabilité de la personne en cause.

- Cette présomption d'innocence n'est pas seulement à destination des professionnels de l'information. La présomption d'innocence est aussi un principe qui doit guider le juge pénal dans son activité. En l'absence de preuves sur la culpabilité de la personne poursuivie, on doit pouvoir invoquer à son égard l'adage selon lequel le doute profite à l'accusé. En matière pénale, en effet, le risque de la preuve pèse sur la société dont les intérêts sont défendus par le ministère public. S'il existe un doute sur la culpabilité de la personne poursuivie, il est préférable de s'abstenir.