

Université Claude Bernard  Lyon 1

43, boulevard du 11 novembre 1918

69622 VILLEURBANNE CEDEX

Jean-François Paulin

Maître de conférences

www.jfpaulin.info

INITIATION AU DROIT



TABLE DES MATIERES

§1- QU'EST-CE QUE LE DROIT ?	4
A) LA RÈGLE, ESSENCE DU DROIT	4
B) LES DIVISIONS DU DROIT, ORGANISATION DES RÈGLES JURIDIQUES.....	5
1- <i>La division fondamentale, droit privé / droit public</i>	6
a) Définitions	6
b) Distinction.....	6
2- <i>Les divisions internes au droit public et au droit privé</i>	6
a) Du droit public	6
b) Du droit privé.....	6
C) LA QUALIFICATION JURIDIQUE, MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE DROIT.....	7
§2- L'ORGANISATION JUDICIAIRE FRANÇAISE	8
A) LES PRINCIPES DIRECTEURS.....	8
1- <i>La séparation des pouvoirs</i>	8
2- <i>Le service public de la justice</i>	8
B) LE FONCTIONNEMENT DES JURIDICTIONS	9
1- <i>Traits généraux</i>	9
2- <i>Distinctions</i>	9
3- <i>La composition des juridictions</i>	10
4- <i>La compétence des juridictions, principes généraux</i>	10
C) LES JURIDICTIONS	10
1- <i>Les juridictions du fond du 1^{er} degré</i>	10
a) Le Tribunal de Grande Instance, juridiction de droit commun.....	10
b) Les juridictions spécialisées.....	10
b-1) Le tribunal d'instance	10
b-2) Les juge de proximité	11
b-3) Le Conseil de Prud'hommes.....	11
b-4) Le Tribunal de commerce.....	11
2- <i>La cour d'appel, juridiction du second degré</i>	11
3- <i>La Cour de cassation, juge du droit</i>	12
§3- LE CHEMINEMENT D'UNE INSTANCE DEVANT LES JURIDICTIONS	12
A) DÉFINITIONS	12
B) ACTEURS.....	13
C) LA DEMANDE INITIALE EN JUSTICE	13
1- <i>Le référé</i>	13
2- <i>La demande au fond</i>	14
D) LES VOIES DE RECOURS	15
1- <i>L'appel</i>	15
2- <i>Le pourvoi en cassation</i>	16
§4- LE DROIT DE LA PREUVE	17
A) LA CHARGE ET L'OBJET DE LA PREUVE.....	17
1- <i>La charge de la preuve</i>	17
2- <i>L'objet de la preuve</i>	18
B) LES MODES DE PREUVE.....	18
1- <i>Les différents moyens de preuve</i>	18
a) Les preuves préconstituées.....	18
a-1) L'acte authentique.....	19

a-2) L'acte sous seing privé	19
b) Les preuves a posteriori	20
2- L'admissibilité des différents moyens de preuve	20
§5- LES SOURCES DU DROIT	21
A) TYPOLOGIE	22
1- Les règles institutionnelles.....	22
2- La coutume.....	24
3- La jurisprudence	24
B) MISE EN APPLICATION DES NORMES, L'EXEMPLE DE LA LOI	24
1- Élaboration de la loi	24
2- Application de la loi.....	26
3- Les conflits de loi	26
a) La loi n'a pas d'effet rétroactif.....	26
b) La loi nouvelle régit seule l'avenir	27

§1- EU'EST-CE QUE LE DROIT ?

1. Le mot droit¹ est très général. Spontanément, l'idée du droit renvoie à celle de Justice, à la contrainte (je n'ai pas le droit) ou au contraire à la liberté (j'ai le droit). Mais, pour le juriste, le droit est avant tout un corpus de règles qui font l'objet d'une organisation et d'une mise en œuvre spécifique.

On ne se posera pas ici la question du « pourquoi » des règles de droit, c'est-à-dire du fondement du droit. Cette recherche relève de la philosophie du droit. On partira du postulat selon lequel il existe des règles de droit obligatoires dans les pays étant entendu que le concept de droit ne peut être appréhendé comme un concept homogène.

A) La règle, essence du droit

2. Le droit s'intègre dans le cadre d'un système social et concourt à l'organisation de la société. A cette fin, le droit pose des valeurs, définit des objectifs, fournit des moyens pour parvenir à ces objectifs. Il assure ainsi la coordination entre les composantes de la société. De fait, on peut dire qu'il s'établit une corrélation entre une « demande sociale » et le droit. Par exemple, l'avancée des techniques, la connaissance en matière médicale, ont conduit à l'adoption, en 1992, d'une loi dite « bioéthique ». De même, la prise en compte de l'exclusion sociale a concouru au vote d'une loi contre l'exclusion en 1999.

3. En ce sens, le mot « droit » désigne un corps de règles qui ont pour objet d'organiser la vie en société (« Là où il y a une société, il y a du droit », adage romain). Mais le mot droit renvoie également, à titre individuel, à la prérogative que chaque individu peut puiser dans ce corps de règles, s'il en réunit les conditions d'application². Le mot droit est donc polysémique, c'est-à-dire susceptible de plusieurs sens. Or cette polysémie ne se retrouve pas dans de nombreux systèmes juridiques étrangers qui possèdent des mots différents pour désigner des concepts différents (law / rights).

4. En organisant la société, le droit va réglementer les comportements en éliminant les rapports de force entre les individus ou plutôt en les encadrant. On peut donc dire que le droit est un ensemble de règles destinées à régir les rapports humains à l'intérieur d'un espace géographique, temporel, déterminé. Bien évidemment, les règles juridiques ne sont jamais sans cause³. En outre, elles s'agent rationnellement autour d'institutions juridiques. Une institution juridique est un ensemble de règles de droit régissant des relations sociales tendant aux mêmes fins. Ainsi, il existe des obligations alimentaires⁴ constituant une institution juridique qui, couplée avec les règles du mariage, forment une institution juridique plus vaste, celle de la famille.

5. Le droit se manifeste dans la règle qui est l'expression du phénomène juridique. La règle de droit est singulière, elle se distingue des autres règles. En effet, il existe bien d'autres règles qui ne sont pas des règles juridiques alors qu'elles concourent à la régulation de la vie sociale. Ce sont, par exemple, les règles de politesse, les règles morales. Ce qui les distingue

¹ Étymologiquement, « droit » du latin *directus*, comp. avec le mot « justice », du latin *jus, juris*, droit !

² On parle alors de droit subjectif, infra n°35.

³ Une règle exprime une valeur sociale.

⁴ Une obligation alimentaire est une obligation mise à la charge d'une personne par la loi en vue de fournir un secours en argent à un parent qui se trouve dans le besoin. Par exemple, un fils est débiteur d'une obligation alimentaire envers ses parents.

est le critère de la juridicité. La question qui se pose est alors de savoir quels sont les signes de cette juridicité ? Tout d'abord, à la différence des autres règles, la règle de droit est destinée à produire des effets de droit, c'est-à-dire que la règle juridique procède d'une volonté particulière. Mais surtout, la juridicité révèle l'appartenance à l'ordre juridique déterminé par l'État ce qui, d'une part, assure la recevabilité de la règle devant le juge, et autorise, d'autre part, le recours à la contrainte. Ces deux éléments, appartenance et contrainte, constituent des éléments de distinction décisifs de la règle de droit par rapport aux autres règles. La règle de droit a donc des caractères propres.

6. Mais en France spécialement, la détermination des caractères de la règle de droit procède d'une abstraction qui tend, trop souvent, à conférer à toute règle juridique les traits de la Loi (légicentrisme). Ainsi, on expose qu'une règle de droit est une disposition abstraite¹ c'est-à-dire générale dans l'espace, s'appliquant à tous et permanente dans le temps. Surtout elle émane de l'autorité publique² ou est admise par elle et, parce qu'elle a force contraignante, elle est sanctionnée. Si la règle juridique est impérative c'est parce qu'elle touche à l'essentiel de notre organisation sociale. Or en réalité, les règles juridiques sont multiples et elles constituent un ensemble hétérogène. Il y a, en effet, à côté de la Loi bien d'autres règles juridiques qui n'en empruntent pas ses caractères. Tel est évidemment le cas d'un contrat qui est pourtant source de droit. Mais la Loi comme les autres règles ont en commun d'appartenir à un ordre juridique défini par l'État qui pose les conditions de leur validité pour être reçu en tant que règle juridique. Ainsi, une Loi ou un contrat qui ne remplirait pas les conditions de validité ne pourrait produire d'effet juridique et donc être regardé comme une règle de droit.

7. La sanction de la violation de la règle de droit est organisée par l'État qui institue un mode de régulation des conflits. C'est ce qu'on appelle la juridiction³, c'est-à-dire la fonction étatique qui consiste à dire le droit pour un cas particulier. Cette mission de dire le droit est confiée aux juges. Mais toute sanction n'est pas une répression comme c'est le cas en droit pénal⁴. Ainsi la nullité⁵ d'un acte juridique est bien une sanction mais pas une sanction répressive.

B) Les divisions du droit, organisation des règles juridiques

8. On ne peut pas envisager de la même manière les règles concernant les relations entre le citoyen et l'État (administration, collectivités publiques) et les règles applicables aux relations privées des particuliers. En outre, le droit privé et le droit public constituent des ensembles trop vastes pour pouvoir être un corps de règles homogènes. Ils font eux-mêmes l'objet de divisions. Toutefois, et pour être précis, cette opposition entre le droit privé et le droit public n'est pas aussi tranchée que peut le laisser penser la présentation.

¹ Une règle de droit, à laquelle on associe généralement la loi, n'est pas faite pour régir des cas particuliers. Par exemple, le droit commercial s'applique à tous les commerçants et pas à un commerçant en particulier. Pourtant, la loi a aussi tendance à devenir de plus en plus catégorielle. Les groupes sociaux, professionnels réclament des législations particulières.

² Qui a reçu délégation pour le faire, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme dispose en effet que « la loi est l'expression de la volonté générale ».

³ Voir infra n°35 et suiv.

⁴ Voir infra n°17.

⁵ La nullité est une sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation.

1- La division fondamentale, droit privé / droit public

a) Définitions

9. LE DROIT PUBLIC est l'ensemble des règles de droit qui organise les pouvoirs publics et des règles de droit qui sont applicables aux relations entre les pouvoirs publics et les personnes privées.

10. LE DROIT PRIVÉ est l'ensemble des règles de droit qui est applicable dans les rapports des particuliers entre eux, c'est-à-dire des personnes physiques et personnes morales.

b) Distinction

11. Le droit privé concerne des intérêts privés alors que le droit public gère l'intérêt général qui doit primer sur l'intérêt particulier (critère du but). Le droit privé a pour fondement l'égalité civile alors que le droit public est un droit du pouvoir, du commandement (critère de l'égalité). Le droit privé repose sur le contrat (accord de volontés) alors que le droit public repose sur l'acte unilatéral (autorité et commandement), critère de la forme. Ainsi, le droit public est essentiellement un droit impératif alors qu'en droit privé les règles sont le plus souvent supplétives de volonté¹. Toutefois, certaines branches du droit privé, comme le droit du travail, voient une intervention croissante de l'État, affaiblissant l'autonomie de la volonté par l'instauration de règles dites d'ordre public social ou relatif². Surtout, l'opposition entre droit privé et droit public est marquée par l'incompétence des juges de l'ordre judiciaire pour trancher les litiges dans lesquels l'administration est partie prenante. C'est un aspect de la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs (loi du 16 et 24 août 1790)³.

2- Les divisions internes au droit public et au droit privé

a) Du droit public

12. LE DROIT CONSTITUTIONNEL est l'ensemble des règles qui préside à l'organisation politique de l'État et à son fonctionnement. Il régit les institutions (Président de la république, Gouvernement, Parlement), les rapports entre ces organes, les principes d'organisation juridictionnelle et administrative. (voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>)

13. LE DROIT ADMINISTRATIF est l'ensemble des règles qui s'applique à l'Administration dans sa gestion des services publics et dans ses rapports avec les particuliers et qui sont normalement appliquées par les juridictions administratives. (voir : <http://www.conseil-etat.fr/>)

b) Du droit privé

14. LE DROIT CIVIL est le droit commun. Il est l'ensemble des règles de droit privé normalement applicable. Son objet est d'envisager l'individu, son intégration dans la société dans ses rapports les plus fondamentaux (naissance, décès, famille, propriété, contrat, responsabilité).

15. LE DROIT COMMERCIAL est l'ensemble des règles applicable aux commerçants dans l'exercice de leur activité professionnelle et régissant l'activité commerciale.

¹ Qu'une manifestation de volonté peut aménager.

² En droit du travail, il peut être dérogé par contrat à une règle d'ordre public relatif à la condition que cette dérogation soit plus favorable que l'application de la loi pour le salarié.

³ Voir infra n°20.

D'autres branches du droit sont également rattachées au droit privé quoique certains évoquent parfois des « droits mixtes ». Droit du travail et droit pénal du droit révèlent en effet une certaine l'imbrication entre droit privé et droit public en raison spécialement de l'interventionnisme de l'Etat dans ces domaines.

16. LE DROIT DU TRAVAIL¹ est l'ensemble des règles applicable aux entreprises du secteur privé régissant les rapports individuels et collectifs entre un employeur et un ou plusieurs salariés. A titre d'exemple, des règles du droit électoral applicables pour des élections politiques, qui relèvent du droit public, sont subsidiairement appliquées pour les élections professionnelles dans l'entreprise.

17. LE DROIT PÉNAL a pour objet de définir les comportements constitutifs d'infraction et d'organiser les sanctions (principe de la légalité : pas d'infraction sans texte de loi). On relèvera, que le procès pénal oppose l'État, en raison du trouble à l'ordre public, au délinquant. Une infraction est une action ou comportement interdit par la loi et passible de sanctions pénales prévues par la loi : amende, peine d'emprisonnement, peines complémentaires... On distingue trois catégories d'infraction, selon leur gravité et les peines encourues : contravention, délit, crime. La victime d'une infraction, pour être partie au procès, doit se constituer partie civile.

C) La qualification juridique, mise en œuvre des règles de droit

18. Le droit a vocation à saisir le réel, pour ce faire il définit des concepts et des catégories juridiques : c'est l'opération de qualification juridique. C'est le phénomène majeur du droit dans lequel le droit a une entière liberté. Un CONCEPT est une représentation mentale, abstraite d'un objet, il se définit par rapport à lui-même (ex. : la nuit², les bonnes mœurs) ; une CATÉGORIE JURIDIQUE se définit par rapport à une autre catégorie juridique de laquelle elle se distingue (ex. : faute légère, faute grave, faute lourde) et la qualification est la mise en œuvre effective des concepts et des catégories juridiques. Qualifier c'est donc définir ; « la qualification permet le passage du fait au droit et joue un rôle majeur dans l'application du droit au fait ».

19. Ce pouvoir de qualification appartient tout d'abord au législateur (le Parlement³) qui crée la règle. Le juge, quant à lui, ne définit pas, il met en œuvre des qualifications. Il effectue un travail d'appréciation, de recherche, pour savoir si une situation concrète entre dans une définition posée par une règle de droit. Dans ce cas le pouvoir de qualification du juge est contraint par la qualification légale. La systématisation de cette opération encadrée de qualification se concrétise dans le raisonnement syllogistique⁴ et prend la forme d'un jugement⁵. Ce raisonnement repose sur l'énoncé de la définition légale - règle de droit - (la majeure), sur le constat des faits (la mineure) ; la conclusion est l'application du droit au fait.

¹ Le droit du travail est un droit essentiellement d'ordre public. Son application dans les entreprises est sous le contrôle d'un corps de fonctionnaires : l'inspection du travail.

² Dans le cas de la nuit, la définition donnée par le législateur est une hypothèse (la nuit s'entend d'une période comprise entre 22 heures et 6 heures, ce qui n'est pas la réalité naturelle !) dont la valeur intrinsèque est pertinente par rapport au but poursuivi – tapage nocturne, interdiction du travail de nuit des enfants (article L. 213-7 du Code du travail), visite domiciliaire des officiers de police judiciaire.

³ Voir infra n°77.

⁴ Créée par Aristote, le syllogisme est une figure rhétorique de raisonnement ; il induit une logique qui convient à l'analyse juridique.

⁵ Juger, pour le juge, est l'action de dire le droit. Il faut cependant souligner que le droit ne peut être cantonner à son seul aspect contentieux. Selon une expression de Carbonnier, le droit est plus grand que le contentieux.

Ce raisonnement est un raisonnement déductif. Enfin, on relèvera que ce pouvoir de qualification peut être délégué à des personnes privées, spécialement lors de la conclusion de contrat. Mais ces opérations privées de qualification sont fermement encadrées car la qualification est soumise aux normes préexistantes, par le caractère d'ordre public des règles juridiques.

§2- L'ORGANISATION JUDICIAIRE FRANÇAISE

(voir : ministère de la justice, <http://www.justice.gouv.fr/justicef>)

A) Les principes directeurs

La justice est rendue dans le cadre de l'organisation judiciaire. La justice est garante des libertés publiques, elle doit donc être indépendante.

1- La séparation des pouvoirs

20. En France, comme dans toute démocratie, trois pouvoirs sont constitués : le législatif, l'exécutif et le judiciaire¹. Chaque pouvoir doit être indépendant l'un de l'autre. Il en résulte, premièrement, que le législateur ne peut pas interpréter la loi qu'il a faite. Deuxièmement, le juge judiciaire ne peut pas apprécier la légalité de la loi ; ce rôle est dévolu à une juridiction, le Conseil constitutionnel². Le juge doit juger sinon il peut être sanctionné pour déni de justice mais, par ses décisions, il ne saurait se lier pour l'avenir par un jugement de portée générale. En effet, une décision de justice ne peut avoir qu'une autorité limitée, c'est-à-dire que ces effets sont limités aux parties en cause lors d'un procès particulier. Troisièmement, les magistrats doivent être indépendants, indépendance fondée sur une garantie essentielle : l'inamovibilité³.

2- Le service public de la justice

21. L'organisation de la justice française repose sur trois principes. En premier lieu, la justice est un monopole d'État. Cela signifie qu'une personne ne peut pas se faire justice elle-même, mais le procès est toujours maîtrisé par les parties en litige (possibilité de désistement pendant le procès, abandon de prétentions, arbitrage). Aussi, si le droit confère des prérogatives aux individus, il lui incombe de poser des règles afin d'en assurer la mise en œuvre et la sanction. Il en résulte, en deuxième lieu, que la justice est un service public. Un service public est une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'administration. Cette administration organise des moyens matériels et humains en vue de l'exécution de cette tâche. Ce service public est permanent et gratuit. La notion de permanence de la justice signifie simplement que le droit de grève n'est pas reconnu aux juges. Enfin, il convient de souligner que l'accès à la justice est gratuit. Pour les plaideurs, elle occasionne néanmoins de nombreux frais (notamment d'avocats). L'État, sous certaines conditions, peut fournir une aide appelée aide juridictionnelle. En troisième lieu, la

¹ On observera cependant que jusqu'à une époque récente le « judiciaire » n'était pas envisagé comme un pouvoir. Dans la Constitution il est d'ailleurs traité comme une « autorité ».

² Voir supra n°12.

³ L'inamovibilité protège seulement les magistrats du siège contre toute mesure arbitraire de suspension, rétrogradation déplacement et même avancement. Les magistrats du parquet ne bénéficient pas de cette protection.

justice répond au principe d'égalité de traitement des justiciables. Cela signifie que toute personne a vocation à être jugée selon les mêmes règles et devant toutes les juridictions. Il existe cependant des exceptions. Ainsi, le Président de la République pendant l'exercice de ses fonctions ne relève pas de la justice de droit commun¹.

B) Le fonctionnement des juridictions

1- Traits généraux

Ils concernent toutes les juridictions.

22. PRÉSIDENTE : toutes les juridictions sont présidées par un magistrat qui organise sa juridiction et a aussi une fonction juridictionnelle importante ; il est juge des référés². Le Président de la juridiction est donc une juridiction à lui tout seul, une juridiction particulière, distincte du tribunal lui-même car certaines situations exigent des mesures urgentes afin de préserver des situations sous peine de laisser se commettre un préjudice irréparable.

23. MINISTÈRE PUBLIC : le procureur de la République et ses substituts exercent devant la juridiction leurs attributions civiles : requérir l'application de la loi. Le parquet³ n'est pas nécessairement présent aux audiences, mais il est tenu informé et donne son avis sur toutes les actions relatives à l'état des personnes, par exemple, sur les mesures de protection prises à l'égard d'un mineur ou d'un majeur (tutelles ou curatelles, devant le juge d'instance).

24. GREFFE : chaque juridiction comprend des fonctionnaires de l'État qui composent le greffe, dirigé par le greffier en chef. Les greffiers accueillent, informent et orientent le public, assurent le suivi des procédures et le secrétariat du tribunal. Lors de l'audience, le greffier assiste le juge, prend des notes. Il signe le jugement et authentifie les décisions de justice.

2- Distinctions

25. Il s'agit d'évoquer, très brièvement, des classifications qui permettent d'éclairer le fonctionnement de la justice en France. Ainsi, les juridictions peuvent être différenciées selon :

LEUR ORDRE : ordre judiciaire et ordre administratif. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs conduit à écarter la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître des actes de l'administration⁴.

LEUR DEGRÉ : les juridictions sont hiérarchisées. Les juridictions du premier degré et du second degré sont des juridictions du fond ; la Cour de cassation est la plus haute juridiction mais elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction ; elle statue sur le droit.

LEUR NATURE : la détermination de la compétence matérielle permet d'opposer les juridictions de droit commun (Tribunal de Grande Instance : T.G.I) et les juridictions spécialisées. Le

¹ Article 68 de la Constitution de 1958 et décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999. Pendant la durée de son mandat le président de la République ne peut être poursuivi que devant la Haute Cour de justice. S'agissant d'actes commis dans l'exercice de ses fonctions, il ne peut être poursuivi que pour haute trahison. Il en va de même pour les actes antérieurs à ses fonctions ou détachables de celle-ci ; le président ne peut donc pas être mis en examen.

² Voir infra n°41.

³ Parquet ne désigne pas le plancher mais initialement un petit parc au sein duquel se tenait les représentants du Roi, les huissiers et avocats.

⁴ Voir supra n°9 et suiv.

T.G.I est la juridiction de droit commun. Il faut enfin souligner qu'à l'intérieur de l'ordre judiciaire une place à part est faite aux juridictions répressives qui sont chargées d'appliquer le droit pénal¹ à ceux qui ont commis des infractions.

3- La composition des juridictions

26. En principe, les formations de jugement sont collégiales (au moins 3 juges) mais de plus en plus de formations statuent à juge unique (seulement au 1^{er} degré). En principe, les juges sont des magistrats professionnels mais il existe des magistrats non-professionnels occasionnels. Ils sont, le plus souvent, élus (tribunal de commerce, Conseil de Prud'hommes) et ne siègent qu'au 1^{er} degré.

4- La compétence des juridictions, principes généraux

27. Pour une juridiction, la compétence est l'aptitude légale à instruire et juger un procès. Il s'agit de répondre à la question de savoir parmi toutes les juridictions du fond du 1^{er} degré devant laquelle doit être déposée une demande afin de faire juger une prétention.

La compétence a deux aspects. Le critère matériel, COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION, permet de répartir les litiges entre les juridictions du fond du 1^{er} degré en fonction de la nature de l'affaire ou de son importance pécuniaire. Le critère du lieu, COMPÉTENCE TERRITORIALE, permet de savoir parmi une catégorie de juridiction (par exemple T.G.I) où va se dérouler le procès. En principe, la localisation est personnelle, c'est-à-dire que le procès aura lieu devant le tribunal du lieu du domicile du défendeur. Mais il y a des exceptions, lorsque le litige porte sur un immeuble, c'est le lieu du tribunal où est situé l'immeuble.

C) Les juridictions

1- Les juridictions du fond du 1^{er} degré

Il existe deux degrés de juridictions dont le premier est hiérarchiquement subordonné au second. La Cour de cassation occupe, dans cet ensemble, une position originale.

a) Le Tribunal de Grande Instance, juridiction de droit commun

28. Le domaine d'intervention du TGI est très varié². Il tranche les litiges entre les personnes qui ne sont pas spécialement attribués à une autre juridiction et dont l'enjeu est supérieur à 7 600 €, d'où son appellation de juridiction de droit commun. A cet égard, il partage sa compétence en matière civile avec le tribunal d'instance. Il a une compétence exclusive pour de nombreuses affaires quel que soit le montant en jeu : état des personnes (état civil, filiation, changement de nom, nationalité (revendication, contestation), famille (régimes matrimoniaux, divorce, autorité parentale, adoption, pensions alimentaires, successions), droit immobilier (propriété immobilière, saisies immobilières ; brevets d'invention et droit des marques).

b) Les juridictions spécialisées

b-1) Le tribunal d'instance

¹ Supra n°17.

² Article R. 311-1 du Code de l'organisation judiciaire.

29. C'est la juridiction des petites affaires civiles c'est-à-dire dont le montant est inférieur à 7 600 €. Mais il a aussi d'autres attributions, il est notamment juge départiteur au Conseil de Prud'hommes, juge des élections et juge des tutelles. C'est une juridiction à juge unique.

b-2) Les juge de proximité

30. Depuis la loi du 9 sept. 2002, le juge de proximité est une juridiction de première instance dédiée aux litiges de la vie quotidienne des particuliers. En matière civile, le juge connaît principalement des actions personnelles mobilières jusqu'à 1 500 € et dans la même limite des procédures d'injonction de payer.

b-3) Le Conseil de Prud'hommes

31. Le conseil de prud'hommes est chargé de régler les litiges individuels qui surviennent entre salariés ou apprentis et employeurs à l'occasion du contrat de travail ou d'apprentissage.

b-4) Le Tribunal de commerce

Le tribunal de commerce est compétent pour juger :

32. les litiges entre les entreprises, en toutes matières, y compris en droit boursier et financier, en droit communautaire, et en droit national en matière de commerce et de concurrence.

- les litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes les personnes ;
- les litiges relatifs à une lettre de change ;
- les litiges opposant des particuliers à des commerçants ou à des sociétés commerciales dans l'exercice de leur commerce ;
- les contestations entre les associés d'une société commerciale ;
- les défaillances d'entreprises commerciales et artisanales (prévention, redressement, liquidation judiciaire).

2- La cour d'appel, juridiction du second degré

33. Aux termes de l'article 542 du Nouveau Code de Procédure civile, « l'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du 1^{er} degré ». Pratiquement, lorsqu'une des parties à un procès n'est pas satisfaite du jugement, elle peut contester la décision, elle « peut faire appel » ; c'est la mise en œuvre du principe du double degré de juridiction qui veut qu'un plaideur puisse faire juger deux fois son litige. Les chambres civiles et pénales de la cour d'appel réexaminent complètement les affaires déjà jugées par un tribunal de première instance mais les demandes nouvelles sont interdites. Il faut noter que certaines affaires, dont le montant en jeu ne dépasse pas un certain seuil défini par la loi, ne peuvent faire l'objet d'un appel. La juridiction du fond du 1^{er} degré a alors rendu un jugement en premier et dernier ressort.

3- La Cour de cassation, juge du droit

(voir : <http://www.courdecassation.fr/Accueil/francais/francais.htm>)

34. Elle siège à Paris et exerce sa compétence sur l'ensemble du territoire français. Il n'y a qu'une Cour de Cassation. La Cour de cassation est la plus haute des juridictions civiles et pénales mais elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Sa mission est de vérifier que les décisions des juges sont conformes à la loi. Elle ne réexamine pas les faits mais fixe le sens dans lequel doit être appliquée la règle de droit. Elle fait le procès du procès. Son rôle essentiel est l'uniformisation de l'interprétation de la règle de droit. Elle est saisie sur recours, le pourvoi, exercé par un particulier ou par le parquet (ministère public). Lorsque la décision comporte une violation de la loi, l'affaire est renvoyée devant une juridiction pour y être rejugée. Dans le cas contraire, le « pourvoi » est rejeté.

§3- CE CHEMINEMENT D'UNE INSTANCE DEVANT LES JURIDICTIONS

35. Dans une société de droit, personne ne peut se faire justice lui-même. La réalisation contentieuse des droits passe la voie du procès¹ au cours duquel le juge établira les droits des plaignants. Non seulement le droit définit les prérogatives accordées aux individus mais il pose aussi des règles juridiques distinctes qui ont spécialement pour objet de fournir aux titulaires des droits subjectifs² le moyen, au cas où ces droits seraient méconnus ou violés, de les faire respecter, d'en assurer la mise en œuvre et la sanction.

A) Définitions

36. LA PROCÉDURE est l'ensemble des règles de forme et les délais qui doivent être respectés pour l'exercice d'une action en justice. L'ACTION EN JUSTICE est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ; Pour l'adversaire, l'action en justice est le droit de discuter du bien fondé de cette prétention.

37. Si l'action en justice est un droit celui-ci est néanmoins soumis à conditions. Il faut avoir intérêt (pas d'intérêt, pas d'action) ; l'intérêt doit être légitime (il faut que la demande ait des conséquences pratiques), né et actuel, direct et personnel. Il faut, en outre, avoir qualité. La qualité est le titre qui permet au plaideur d'exiger d'un juge qu'il statue sur le fond d'un litige. La qualité s'apprécie en fonction de la nature du litige. Par exemple, l'action en divorce est seulement ouverte à ceux qui ont la qualité d'époux ; l'action en nullité relative n'est ouverte qu'à celui que la loi protège. La qualité s'apprécie encore en fonction de l'intérêt invoqué par le plaideur. Il en va, par exemple, de l'action du ministère public³ ou d'un syndicat⁴ ou d'une association de consommateurs. Enfin, il faut avoir capacité. La capacité est l'aptitude, au regard du droit, d'être titulaire de droits (capacité de jouissance) et de les exercer (capacité

¹ Le procès est d'abord un rituel.

² Les droits subjectifs sont des prérogatives que le droit objectif confère aux individus. Ces prérogatives sont dites droits subjectifs parce qu'elles ont un sujet qui est leur titulaire.

³ Voir supra n°23.

⁴ L'article L. 411-1 du Code du travail dispose que « les syndicats professionnels 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 » ; l'article L. 412-11 du Code du travail vise précisément le droit d'ester en justice pour la défense des intérêts collectifs de la profession.

d'exercice). Certaines personnes ne disposent pas de la faculté d'exercer leurs droits ; ils sont dits, au sens du droit, incapables (mineurs, majeurs sous tutelle). Dépourvu du droit d'agir directement en justice, l'incapable sera représenté à l'action¹.

Les actions en justice sont soit personnelles (droit de créance, état des personnes) soit réelles (droit de propriété) et les droits prétendus réels ou personnels peuvent concerner soit un meuble soit un immeuble (action mobilière ou action immobilière).

B) Acteurs

Le procès civil est la « chose » des plaideurs mais pour pouvoir être rendue, la Justice recourt à des magistrats et à des auxiliaires de justice.

38. LES MAGISTRATS sont des professionnels qui ont, pour certains, des fonctions différentes. Les magistrats du siège ont pour fonction de juger et sont donc indépendants (principe d'inamovibilité) alors que les magistrats du ministère public ou parquet sont chargés de représenter les intérêts de la Société et de l'État.

39. LES AUXILIAIRES DE JUSTICE sont des personnes qui concourent au fonctionnement de la Justice sans être rémunérées par une autorité publique.

L'AVOCAT est celui qui, étant soumis à la discipline d'un barreau, conseille en matière juridique, judiciaire et fiscale, représente ou assiste ses clients en justice. L'avocat est inscrit à un barreau établi auprès de chaque tribunal de grande instance.

L'HUISSIER DE JUSTICE est un officier ministériel dont les tâches sont multiples. Par exemple, il a pour mission de porter à la connaissance de l'adversaire les actes de procédure et les décisions de justice, d'assurer l'exécution des décisions de justice (saisies, expulsions) ou encore de constater certains faits ou situations (constats).

C) La demande initiale en justice

40. On a dit que le président² de chaque juridiction constitue, à lui seul, une juridiction à part entière, le juge des référés. Ce pouvoir particulier confié par la loi à ce juge permet d'aborder ici la distinction entre une demande en justice au fond et une demande en référé. Mais dans les deux situations l'instance se présente comme une série d'actes de procédure allant de la demande jusqu'au jugement.

1- Le référé

41. Le président de chaque juridiction possède le pouvoir particulier de rendre des ordonnances de référé. Le référé est une procédure rapide qui permet à une partie, en cas d'urgence, d'obtenir :

- une mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différent,

¹ C'est la représentation *ad agendum* qui ne doit pas être confondue avec la représentation *ad litem* qui est le mandat donné à autrui, en général un avocat, d'accomplir à sa place et en son nom des actes de procédure.

² Voir supra n°22.

- une mesure conservatoire ou de remise en état qui s'impose pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite
- une provision ou l'exécution en nature de l'obligation, si celle-ci n'est pas sérieusement contestable¹.

2- La demande au fond

42. Une demande contentieuse est, en principe, introduite par une ASSIGNATION À COMPARAÎTRE. C'est un acte formaliste, c'est-à-dire qui comporte des mentions obligatoires (nom du demandeur, domicile, objet de la demande, constitution d'avocat) à peine de nullité. C'est un acte de procédure qui nécessite de faire appel à un huissier de justice. L'assignation sera remise au défendeur 15 jours au moins avant la date prévue pour l'audience. L'huissier de justice saisira le tribunal en remettant une copie de l'assignation au greffe. Toutefois, dans certains cas (par ex. demande devant le tribunal d'instance pour un litige dont le montant est inférieur à 3 800 euros), il est possible de saisir directement le tribunal d'instance par simple déclaration écrite ou orale déposée au greffe du tribunal. Il en va de même devant le conseil de prud'hommes sans condition.

43. Cette demande initiale a pour effet :

- à l'égard du juge : de l'obliger à rendre une décision de justice (déli), de répondre à tous les chefs de demande (principe dispositif²), d'obliger le juge à se placer au jour de la demande pour rendre sa décision (caractère déclaratif de la demande). Cela signifie que le jugement ne crée pas une situation juridique, il n'attribue pas un droit au demandeur. Le juge ne fait que reconnaître l'existence d'un droit (si les conditions en sont remplies) dont la valeur préexistait à la saisine. Dans ces conditions, le juge pour juger doit se placer au jour où la demande est introduite³.

- à l'égard des parties : la demande initiale forme le lien d'instance. Cela a notamment pour effet d'interrompre la prescription (consolidation d'une situation juridique par l'écoulement du temps), de faire courir les intérêts (somme d'argent destinée à réparer un préjudice le plus souvent liée à l'inexécution d'une obligation).

44. Dès lors que la juridiction est saisie, l'affaire est mise au rôle et distribuée au rôle d'une formation de jugement. Si les plaideurs ne font aucun acte de procédure dans un délai de 4 mois, le lien d'instance est déclaré caduc, c'est-à-dire éteint d'office. Toutefois, la procédure pourra être recommencée si la prescription n'a pas œuvré.

45. Si les plaideurs sont actifs, une date d'audience sera alors fixée. Deux hypothèses peuvent se présenter. Si le dossier n'est pas en l'état d'être jugé (souvent des mesures d'instruction comme une expertise sont nécessaires) une nouvelle date d'audience sera fixée. Si le dossier est en état, l'audience des plaidoiries peut avoir lieu. Les avocats vont plaider, le débat est public. A la fin des plaidoiries, le débat est clos, le juge peut rendre sa décision mais, le plus souvent, il fait fixer un jour pour le délibéré.

¹ Par exemple, lorsqu'un employeur ne paie pas le salaire de son employé.

² Principe en vertu duquel les plaideurs conservent la liberté d'entamer le procès, de lui donner le contenu qu'ils désirent (chefs de demande) de le suspendre, de l'arrêter. Le juge est lié par le cadre du procès tel que les parties l'ont défini. Il ne peut en modifier les demandes.

³ A l'exception des actions en responsabilité pour lesquelles les dommages-intérêts sont appréciés au jour où le jugement est rendu afin que les intérêts de la victime ne soient pas lésés).

46. Plusieurs principes gouvernent le déroulement du procès. Ainsi, l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, (...). Un autre principe essentiel est celui du CONTRADICTOIRE défini par l'article du 15 Nouveau code de procédure civile qui dispose que les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leur prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de défense qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». L'article 16 du même Code impose au juge de faire observer et d'observer lui-même, en toutes circonstances ce principe. Il en résulte que le juge ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si elle celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

47. Le jour de l'audience de délibéré, le juge va lire son jugement ; cela va épuiser son pouvoir juridictionnel et sa décision, si elle a autorité de la chose jugée, n'a provisoirement qu'une autorité simple. En effet, les plaideurs peuvent exercer dans les délais les voies de recours. Ce ne serait qu'en l'absence de recours et passés les délais, que la décision deviendrait irrévocable. On dit que la décision est « passée en force de chose jugée ».

48. Mais, en tout état de cause, la décision de justice rendue doit être exécutée ; le jugement est d'ailleurs revêtu de la forme formule exécutoire -« Au nom du peuple français, en conséquence la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou jugement) à exécution, aux procureurs (...) d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis (...) »¹-. Cependant, pour obtenir l'exécution de la décision (au premier degré du jugement), il faut, en principe, attendre que les délais de recours soient passés. Toutefois, l'exécution provisoire d'un jugement est possible avant que les délais de recours soient écoulés à condition de l'avoir demandée au juge lors de l'audience. Le juge dira s'il accorde ou non cette exécution provisoire.

D) Les voies de recours

1- L'appel

49. C'est la mise en œuvre du principe du double degré de juridiction. Toutes les décisions des juges du premier degré sont en principe susceptibles d'appel à l'exception des décisions rendues en premier et dernier ressort (par ex. : le juge d'instance statue en premier et dernier ressort lorsque la somme en cause pendant le procès est inférieure à 3 800 euros mais alors le pourvoi en cassation est possible). Ainsi, lorsque l'une des parties n'est pas satisfaite du jugement, elle peut contester la décision, elle « peut faire appel » (on dit interjeter appel).

50. L'appel permet donc de faire réexaminer l'affaire, en fait et en droit, par une juridiction supérieure : la cour d'appel. Le plaideur insatisfait par la décision a 1 mois suivant la notification du jugement pour faire appel. Ce délai est très court mais il permet de stabiliser les droits qui sont en cause. Si le délai est dépassé, le recours est alors irrecevable, le plaideur est forclos et le jugement rendu par les premiers juges acquiert l'autorité de la chose jugée et devient exécutoire.

¹ Article premier du décret du 12 juin 1947.

51. Lorsque l'appel est fait dans les délais cela entraîne plusieurs conséquences. En premier lieu, l'exécution du jugement attaqué est suspendue (effet suspensif de l'appel). En second lieu, les juges de la cour d'appel ne pourront examiner que les questions sur lesquelles une nouvelle décision est demandée. A défaut, c'est le jugement, dans son entier, qui sera transporté dans tous ses aspects devant la cour d'appel (effet dévolutif).

52. Les juges de la cour d'appel peuvent au regard du jugement rendu soit confirmer la décision des premiers juges (jugement confirmatif) et ce sont les juges de cette juridiction qui seront chargés de l'exécution de celle-ci, soit réformer le jugement des premiers juges (jugement infirmatif). Dans ce cas, il appartient à la cour d'appel de faire exécuter son arrêt lequel n'a pas encore force de chose jugée puisqu'il existe une ultime voie de recours, le pourvoi en cassation.

2- Le pourvoi en cassation

53. La Cour de cassation est la plus haute des juridictions civiles et pénales. Elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Sa mission est de vérifier que les décisions des juges sont conformes à la loi. Elle ne réexamine pas les faits mais fixe le sens dans lequel doit être appliquée la règle de droit. Le pourvoi en cassation n'est donc pas une voie de réformation d'une décision de justice. Le pourvoi en cassation est donc une « *voie de recours extraordinaire* ».

54. Le pourvoi est ouvert contre un arrêt de la cour d'appel ou contre une décision du tribunal d'instance rendue en dernier ressort (litige d'un montant inférieur à 3 800 euros). A la différence de l'appel, le pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif. Tout au contraire même, l'une des conditions du pourvoi en cassation est que celui qui a perdu son procès ait commencé à exécuter la décision de justice le condamnant¹. Le pourvoi en cassation doit être exercé dans un délai de 2 mois à compter de la notification de la décision déférée à la Cour de cassation.

55. La décision de la Cour de cassation peut prendre deux formes, soit un arrêt de rejet soit un arrêt de cassation.

a) Si la Cour de cassation estime qu'il y a eu violation de la règle de droit, elle casse la décision qui lui a été soumise. Si elle le juge utile, elle renvoie l'affaire devant une juridiction du même type que celle qui avait rendu la décision « cassée » pour qu'elle soit jugée à nouveau.

b) Si la Cour de cassation estime que la juridiction a bien appliqué le droit, elle rejette le pourvoi. La décision attaquée devient définitive et doit être exécutée. Le litige définitivement tranché ne peut plus être remis en question.

¹ En effet, le pourvoi n'a pas d'effet suspensif, il n'empêche donc pas l'exécution de la décision attaquée (article 579 du Nouveau Code de Procédure civile).

§4- E DROIT DE LA PREUVE

A) La charge et l'objet de la preuve

56. « Le droit sans sa preuve n'est rien ». Cette formule doit néanmoins être expliquée. En effet, il importe de distinguer les conditions d'existence d'un droit et la preuve de ce droit. Par exemple, un contrat portant sur une somme d'argent supérieure à 800 € est valablement formé par la seule rencontre de deux volontés. Toutefois, en cas de litige entre les parties à ce contrat, le débiteur ne veut pas payer le prix, la loi impose au créancier de démontrer l'existence de sa créance par un acte écrit. Il en résulte que lors du procès, si le titulaire d'un droit n'est pas en mesure d'en faire la preuve, il est en danger de ne pouvoir exercer son droit.

En France, le droit de la preuve est réglé par la loi qui va fixer les moyens de preuve qui peuvent être produits lors d'un procès. Mais c'est toujours à celui qui réclame un droit de le prouver.

1- La charge de la preuve

57. La charge de la preuve revient, en principe, à celui (le demandeur) qui réclame quelque chose en justice. Par exemple, concernant les obligations, l'article 1315 alinéa 1 du Code civil, énonce que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit le prouver, afin qu'il soit fait droit à sa demande. La charge de la preuve repose donc sur le demandeur. En effet, en droit, on présume que personne ne doit rien à personne ; c'est donc à celui qui se prétend créancier de prouver l'existence de l'obligation¹.

Il y a alors deux solutions. Si le demandeur ne rapporte pas la preuve de sa prétention, il perd le procès qu'il avait lui-même initié. En revanche, si le demandeur fournit sa preuve, le défendeur pourra faire valoir contre le demandeur des moyens de défense, ce sera alors à lui (le défendeur) d'établir le bien fondé de sa riposte, article 1315 al. 2 du Code civil (réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui produit l'extinction de son obligation). En somme il devient demandeur à son tour. La charge de la preuve pèse donc alternativement sur chacun des adversaires au fur et à mesure qu'ils allèguent de nouveaux faits.

58. Toutefois, ce système est assez théorique parce que dans la réalité le défendeur a tout intérêt à combattre d'entrée de jeu les moyens invoqués contre lui en proposant ses propres preuves. Autrement dit, les parties apportent sans distinction leur contribution à la recherche de la vérité, alors même qu'elles n'y sont pas obligées. En outre, l'article 11 alinéa 1 du NCPC dispose que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. En outre, la loi opère un renversement de la charge de preuve. Dans ce cas, le demandeur n'est plus tenu de prouver mais seulement d'alléguer un fait dont le défendeur, en revanche, devra apporter la preuve contraire. C'est le cas notamment en matière de discriminations ou encore lorsque la loi dispose que la bonne foi est toujours présumée, et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver (art. 2228 civ.).

Enfin, on observera que le juge n'est pas, de ce point de vue, un acteur passif du procès. Tout au contraire, puisque le juge a la faculté d'ordonner à l'une des parties de présenter tout élément de preuve et d'enjoindre à un tiers la production de documents qui sont en sa

¹ Le régime légal du droit de la preuve n'est pas d'ordre public. Par exemple, par accord, il est possible de modifier la charge de la preuve.

possession (art. 10 NCPC). Cette injonction peut être dressée sous astreinte et, en cas de refus, le juge pourra en tirer toutes les conséquences utiles.

2- L'objet de la preuve

59. Selon l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. Il en résulte ainsi que l'élément de droit (c'est-à-dire la règle) ne nécessite pas de preuve alors que l'élément de fait en est l'objet. Il en va cependant différemment pour la coutume comme pour une règle de droit étrangère¹. Ainsi, l'existence d'une coutume et sa teneur devront être prouvées par celui qui s'en prévaut.

60. Quant aux faits, le fait à prouver est celui qui va déclencher l'application de la règle de droit. Dans ce cas, la preuve des faits est indispensable pour que le juge puisse discerner la vérité entre des affirmations le plus souvent contradictoires. En principe, le fait prouvé doit être pertinent et concluant c'est-à-dire utile et avoir une incidence sur la solution. Toutefois, dans certaines situations, un fait ne peut pas être directement prouvé parce que la démonstration est impossible à faire. Par exemple, en matière d'assurance vie, il est très difficile de prouver que la personne ne s'est pas suicidé mais il sera plus facile de démontrer la cause accidentelle du dommage. C'est ce que l'on appelle une preuve par présomption. Dans tous les cas, c'est le juge qui est souverain pour apprécier la pertinence des éléments de preuve.

B) Les modes de preuve

Le Code civil organise le droit de la preuve en indiquant quels sont les moyens pour prouver et en précisant leur recevabilité. Effectivement, tous les moyens de preuve ne sont pas bons selon ce qui doit être prouvé.

1- Les différents moyens de preuve

Le Code civil reconnaît traditionnellement cinq moyens de preuve : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. On distingue traditionnellement les preuves préconstituées des preuves *a posteriori*.

a) Les preuves préconstituées

La preuve préconstituée résulte d'un écrit. Elle a, par principe, une valeur objective. Il existe deux types d'écrits.

¹ En effet, un magistrat français peut avoir à appliquer une règle de droit étrangère dans un procès qu'il doit trancher.

a-1) L'acte authentique

61. L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter suivant les formalités requises, art. 1317 du Code civil.

Pour être valable, cet acte doit être dressé par un officier public. Il doit également être rédigé en français, timbré, enregistré et signé par l'officier et les parties à l'acte. C'est donc un acte formaliste.

Il en résulte des conséquences importantes puisque la loi dispose que l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Il convient néanmoins de distinguer l'origine de l'acte qui vaut jusqu'à inscription en faux et le contenu de l'acte selon ce que doit vérifier l'officier (mention sous contrôle fait foi jusqu'à inscription de faux) et les simples énonciations qui font foi jusqu'à preuve contraire.

a-2) L'acte sous seing privé

62. L'acte sous seing privé est simplement celui qui est signé par celui qui s'oblige. Cet acte peut constater un engagement synallagmatique. Lorsque l'acte sous seing privé contient une convention synallagmatique, il n'est valable que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. A défaut, l'acte ne vaut que comme commencement de preuve par écrit. Lorsque l'acte sous seing privé constate l'engagement d'une seule partie s'engageant envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui verser un bien fongible, cet acte doit être constaté dans un écrit qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

Les énonciations contenues dans l'acte sont présumées exactes ; elles valent jusqu'à preuve du contraire. Mais pour prouver contre un écrit, il faut un écrit.

Enfin, on notera que la date de l'acte a ici une grande importance puisqu'elle crée une situation juridique¹. Or, comme la fraude est ici possible, à l'égard des tiers à l'acte la loi prévoit que les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

63. A côté de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé, il existe d'autres actes écrits.

Les lettres peuvent parfois être invoquées. Pour cela, elles doivent être en la possession régulière² de celui qui les invoque et le secret des correspondances doit être respecté. Si ces conditions sont remplies, la lettre sera traitée comme un acte sous seing privé.

Les actes authentiques ou sous seing privés peuvent être copiés. La copie de l'acte authentique s'appelle une minute. Cette copie de l'acte ne vaut que s'il est revêtu des signatures originales. L'acte est appelé acte récongnitif. Toutes les copies ont pour effet de rendre admissible la preuve complémentaire par témoignage ou présomption.

¹ Par exemple, une personne vendant un appartement pourrait antedater un contrat de bail pour obliger le nouveau propriétaire.

² Par exemple, la lettre ne doit pas avoir été volée.

b) Les preuves a posteriori

64. LE SERMENT est une déclaration solennelle faite devant un juge. Le serment est dit décisoire lorsqu'une partie les défère à l'autre partie en lui demandant de jurer. Si le plaideur jure, il gagne le procès ; s'il ne jure pas, il perd le perd. Mais dans certains cas, le juge peut demander à un plaideur de jurer ; le serment est alors dit supplétoire et permet de compléter un commencement de preuve par écrit. La portée pratique de ce mode de preuve est minime. Toutefois, la pratique du serment est très présente lors de l'intégration d'une personne à un corps professionnel. On pense bien sûr au serment d'Hippocrate mais le juge prête aussi serment¹.

65. L'AVEU JUDICIAIRE intervient au cours du procès ; c'est la reconnaissance par une personne de l'exactitude d'un fait, par exemple reconnaître que l'on doit une somme d'argent à quelqu'un.

66. LE TÉMOIGNAGE est une déclaration faite par une personne sur des faits dont elle a eu personnellement connaissance. Mais le témoignage indirect, appelé par commune renommée ou par ouï-dire, est parfois admis.

67. LA PRÉSOMPTION DE FAIT est la conséquence que le juge peut tirer d'un fait connu ou établir un fait inconnu à condition que ces faits soient précis, graves et concordants. Plus qu'un mode de preuve, la présomption de fait est, en réalité, un mode de raisonnement du juge. Par exemple, lors d'un accident de la route la vitesse de l'automobile sera déduite des traces laissées par les pneus lors du freinage.

2- L'admissibilité des différents moyens de preuve

68. La règle ne peut pas être uniforme car ce qui est à prouver est soit un fait juridique soit un acte juridique. Par nature, il n'est pas possible d'organiser, à l'avance, la preuve des faits juridiques qui sont des événements qui vont produire des effets de droit mis qui sont involontaires ou imprévus. Il en va différemment des actes juridiques dont les effets sont voulus.

69. Pour LES FAITS JURIDIQUES, le principe est celui de la liberté de la preuve. Mais en tout état de cause le moyen de preuve doit être loyal. Ainsi, l'utilisation des photos, enregistrements pour être recevables doivent, d'une part, respecter la vie privée de l'individu et, d'autre part, ne pas s'effectuer à l'insu de la personne. D'une manière générale, en droit civil les exigences d'un procès équitables impliquent que les moyens de preuve soient soumis au principe du contradictoire.²

70. Pour LES ACTES JURIDIQUES, le principe est celui de la preuve par écrit ; il est donc interdit de prouver par témoins contre et outre le contenu d'un écrit. En effet, il doit être passé un écrit (acte authentique ou sous seing privé) pour toutes les sommes excédant le seuil de 800 €. Il faut donc comprendre qu'en dessous de 800 € le régime de la preuve des actes juridiques est libre. Il existe cependant des exceptions à ce principe. Tout d'abord, il se peut qu'il existe un

¹ Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement (sic) le secret des délibérations et de me conduire en comme un digne et loyal magistrat.

² Il en va différemment en matière pénale.

commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qui représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Le plaideur peut avoir alors recours à tout moyen licite de preuve. Il se peut, ensuite, qu'il soit impossible de produire un écrit¹. Dans ce cas encore, il peut être recouru à tout moyen de preuve. Enfin, en droit commercial et entre commerçants, les actes peuvent se prouver par tous moyens.

71. Du reste avec l'avancée des techniques permettant la dématérialisation des supports, la loi a dû s'adapter. Ainsi, le texte n'est plus écrit sur du papier mais sur un écran. L'écrit est donc rendu indépendant du support papier mais reste un écrit. Afin de garantir ces documents électroniques, la loi a mis en place un système complexe d'authentification par la voie d'une signature électronique. Selon, l'art. 1316-4 civ. la signature électronique est « un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel il s'attache ». La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié.

§5- SES SOURCES DU DROIT

72. Il s'agit ici d'examiner les sources formelles du droit, c'est-à-dire les formes obligées et prédéterminées qui doivent être, parmi toutes les règles, celles des règles de droit. La France est un pays de droit écrit mais ce corps de règles n'est pas homogène. La réalité amène à constater le pluralisme des règles de droit. Aussi, il importe de distinguer les règles institutionnalisées (écrites) d'autres règles comme la coutume et la jurisprudence.

Mais auparavant, deux principes essentiels organisant l'ordonnement des règles doivent être rappelés :

1°) le principe de la séparation des pouvoirs (Montesquieu). Il gouverne la production du droit en France.

Ces trois pouvoirs sont :

- le pouvoir législatif qui édicte les règles de droit,
- le pouvoir exécutif qui doit en assurer la mise en application et l'exécution
- le pouvoir judiciaire qui est chargé, en cas de violation des règles, d'en assurer la sanction.

2°) le principe de la hiérarchie des sources. Il en résulte que toute règle de niveau inférieur doit impérativement être conforme à une règle de niveau supérieur.

¹ Par exemple, il a été détruit à la suite d'un événement ou une personne ne peut demander à une autre personne un écrit en raison d'un lien familial.

A) Typologie

1- Les règles institutionnelles

73. En droit français, la hiérarchie s'établit ainsi :

Constitution

Traités dont droit européen

Lois « ordinaires »

Règlements dont décrets et arrêtés

Circulaires

74. En effet, La hiérarchie des règles de droit traduit leur ordonnancement au sein d'un ordre juridique. « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes sur un même rang, mais un édifice à plusieurs étages, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques », Hans Kelsen (1881-1973), in *Théorie pure du droit*.

75. LA CONSTITUTION est la loi fondamentale à laquelle toutes les règles de droit doivent être conformes. La Constitution est, en France, un ensemble de règles écrites qui détermine la forme de l'État, la dévolution et l'exercice du pouvoir. Son mode d'adoption particulier lui confère une force juridique qui la situe à la première place dans la hiérarchie des règles de droit.

76. LES TRAITÉS occupent une place originale dans l'ordonnancement juridique français. Ils doivent être conformes à la Constitution et, si cela est le cas, ils vont primer sur la loi. Les traités sont des normes supra nationales par lesquelles l'État français s'engage avec un ou plusieurs autres États. Mais, pour que ce traité s'applique, il faut que ce traité ait été ratifié, qu'il soit conforme à la Constitution, ce qui nécessite parfois une révision de cette dernière (ex. : traité de Maastricht) et que le traité soit également appliqué par l'autre État (condition de réciprocité).

Dans ce domaine, le droit communautaire tient une place importante. Il est constitué du droit originaire (les traités instituant la communauté européenne) et du droit dérivé c'est-à-dire des règles de droit prises par les institutions nées de ce droit originaire. Techniquement, seul le Conseil constitutionnel est compétent pour produire des normes, règlements et directives. Il faut souligner que les juridictions françaises ont, par des décisions remarquables, confirmé la place prépondérante des règles du droit européen. Ainsi, la Cour de cassation puis le Conseil d'État ont décidé d'écarter l'application d'une loi française contraire au droit communautaire en affirmant que « le traité [de Rome -1957-] en vertu de l'article 55 de la Constitution a une autorité supérieure à celle des lois instituant un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique créé est directement applicable aux ressortissants de ces États membres et s'impose à leur juridiction ».

77. Ces différentes normes sont produites par des organes spécifiques qui relèvent du droit interne de l'Union européenne et non de l'ordre international. Ce système comporte cinq institutions :

Le Conseil européen. Réunissant les chefs d'États ou de gouvernement (tous les 6 mois), il impulse la politique de l'Union en prenant les décisions les plus importantes sans pourtant leur donner forme juridiquement faute d'être doté de la personnalité juridique. Ses conclusions sont donc remises au conseil des ministres et au Parlement.

Le Parlement. Ces membres sont élus tous les 5 ans au suffrage universel direct. Ces pouvoirs se sont accrus. Il a des prérogatives en matière budgétaire, il contrôle politiquement la Commission qu'il peut démettre et dispose d'un pouvoir normatif partagé. Il n'a pas de pouvoir d'édition autonome de norme mais participe par voie de concertation et surtout depuis 1999 par voie de codécision à l'élaboration des textes européens.

Le conseil des ministres européens. Il est composé des ministres des États membres selon la nature des dossiers à traiter. Sa présidence est assurée à tour de rôle pour une période de 6 mois. C'est le siège du pouvoir exécutif. Les normes sont adoptées soit à la majorité (simple ou qualifiée) soit à l'unanimité. Il agit en principe sur proposition de la Commission.

La commission. Elle est composée de commissaires désignés par les États pour une durée de 5 ans. Ses membres exercent leur mission en toute indépendance dans l'intérêt des communautés. Elle est l'organe permanent de l'Union qui en fait l'organe de représentation dans les relations internationales. Elle est en outre chargée d'impulser la politique européenne et veille à l'exécution du droit communautaire.

La CJCE. Composée de 15 juges nommés pour 6 ans, elle a pour mission générale d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Le développement du contentieux a conduit en 1988 à la création d'un tribunal de 1^{ère} instance, notamment compétent pour les connaître des recours directs formés par les personnes autres que les États ou les institutions.

78. LA LOI ORDINAIRE est votée par le Parlement (Assemblée et Sénat) et son champ d'application est déterminé par l'article 34 de la Constitution. Le Parlement ne peut donc édicter des règles (au sens formel, lois) que dans des domaines limités. Comme la Constitution est la source suprême du droit, la loi doit lui être conforme. Ce contrôle de conformité est assuré par le Conseil constitutionnel. Toutefois, il ne peut pas s'autosaisir pour effectuer ce contrôle ni être saisi par les citoyens. Le contrôle de constitutionnalité est déclenché à l'initiative du Président de la République, du Président de l'Assemblée nationale, du Sénat ou de soixante députés ou sénateurs. Ce contrôle ne peut avoir lieu que lorsque la loi n'a pas été encore promulguée. Si tel est le cas, la loi, même contraire à la Constitution, fera partie intégrante du droit positif. Seul un texte de même nature, une loi donc, pourrait la modifier ou l'abroger.

79. LES RÈGLEMENTS désignent, d'une façon générique, les règles édictées par le pouvoir exécutif. Celui-ci intervient dans les domaines pour lesquels le Parlement n'est pas compétent.

En principe, les actes du pouvoir exécutif sont pris en application d'une loi ; ce sont des décrets d'application. Ce texte va préciser une loi édictée par le Parlement qui a disposé sur les principes généraux. Par exemple, la loi établit que le Tribunal d'instance est compétent pour « les petites affaires civiles », c'est-à-dire celles dont le montant est inférieur à une certaine somme d'argent. Dans ce cas, il appartient au pouvoir exécutif, le Gouvernement, de fixer cette somme (8 100 euros).

Le Gouvernement peut néanmoins intervenir dans des domaines où il a une entière liberté parce que le Parlement, pour ce domaine, n'a pas de compétence. On parle alors de règlement autonome. Par exemple, les règles qui organisent la procédure civile relèvent de règlements autonomes.

80. LES CIRCULAIRES posent en droit français un problème particulier. La circulaire est une instruction émanant d'une autorité administrative adressée à des agents subordonnés de cette administration. La circulaire est donc en principe un document interne à l'administration qui a pour objet de faire connaître la position de l'administration (parfois d'un ministre, on parle de

circulaire ministérielle) ; elle donne une interprétation de la loi. La circulaire est normalement dépourvue de toute force juridique à l'encontre des administrés et, surtout, elle ne lie pas un juge dans sa mission d'interprétation de la règle de droit.

Toutefois, à ce principe il existe des exceptions. Ainsi, en droit fiscal, pour des raisons de sécurité juridique, une circulaire dérogeant à la loi fiscale de façon plus favorable, pourra être opposée par un contribuable à cette administration. Ainsi, encore, une circulaire peut avoir force juridique lorsque la circulaire prise par un ministre donne une instruction dans un domaine où le pouvoir exécutif a le pouvoir d'édicter des règles.

2- La coutume

81. Bien que la France soit un pays de droit écrit, l'ordre juridique admet d'autres règles issues notamment du corps social. C'est le cas de la coutume qui est bien une règle même si elle n'est pas édictée par les pouvoirs publics. La coutume est issue d'un usage général (souvent local), constant et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage. Elle constituera une source de droit à condition de ne pas aller à l'encontre d'une loi.

3- La jurisprudence

82. Le juge a pour mission de dire le droit lorsqu'un litige lui est soumis. Mais, il résulte du principe de la séparation des pouvoirs que le juge ne peut pas se substituer au législateur (le Parlement). Aussi, l'article 5 du Code civil interdit aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. Cela signifie que le juge ne peut pas créer une règle de droit. Surabondamment, l'article 1351 du même Code rappelle que l'autorité d'une décision est relative, c'est-à-dire que la sentence judiciaire ne concerne que les plaideurs en litige. Pourtant, le juge ne peut pas refuser de juger alors même qu'un texte de loi n'existerait pas ou qu'il serait insuffisant, ce serait un déni de justice. Dans de telles hypothèses, il sera amené sinon à créer, du moins, à interpréter une règle de droit.

Partant de là deux phénomènes vont conduire à faire de la décision des juges une source à part entière du droit. En premier lieu, au niveau d'une même formation de jugement, il semble évident qu'un juge ayant interprété une règle une première fois maintiendra son interprétation dans des situations similaires. En second lieu, la Cour de cassation est le juge du droit. En faisant le « procès du procès » et occupant dans la hiérarchie judiciaire la première place, il en résulte que son interprétation de la règle sera suivie par les juridictions du fond. La Cour de cassation par ses décisions, sa jurisprudence, unifie, le droit.

B) Mise en application des normes, l'exemple de la loi

1- Élaboration de la loi

83. Au sens formel, la loi est le texte pris par les autorités ayant le pouvoir législatif, c'est-à-dire l'Assemblée Nationale et le Sénat qui composent le Parlement, portant sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution. La loi est élaborée selon une procédure particulière.

84. Le dépôt d'une loi nécessite une initiative ; elle est concurrente au Premier Ministre (on parle alors de projet de loi) et au Parlement (on parle ici de proposition de loi). Dès lors qu'un

texte de loi doit être voté, il doit être initialement déposé et mis à l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale. Le texte est alors étudié en commission (selon son objet) où il sera lu et amendé. A la fin de ce travail, une discussion générale est organisée afin que les députés se prononcent par vote sur le texte. La loi est votée lorsque la majorité a exprimé un vote positif ; toutefois, la loi ne peut pas, en l'état, entrer en vigueur. Elle doit être examinée par le Sénat. Le Sénat peut, à son tour, amender le texte qui lui est transmis ; c'est la navette législative. Il se peut donc qu'à l'issue de cette première navette le texte ait été effectivement amendé par le Sénat. Or pour pouvoir être définitivement adopté la Constitution précise que le texte doit être voté dans des termes identiques par l'Assemblée Nationale et le Sénat. En cas de désaccord persistant après deux lectures ou si Premier Ministre déclare l'urgence, une commission mixte de députés et de sénateurs est réunie. Si aucun accord n'est trouvé, le Premier Ministre peut, après une ultime lecture devant chaque assemblée, demander à l'Assemblée Nationale de statuer définitivement. Autrement dit, c'est l'avis de l'Assemblée Nationale qui va primer.

85. Ce n'est donc qu'à l'issue de ce dernier vote de l'Assemblée Nationale que la promulgation et la publication de la loi peuvent avoir lieu. Cependant, en vertu du principe de hiérarchie des sources du droit, on sait que la Constitution est la source suprême du droit et, qu'en conséquence, les lois doivent lui être conformes. C'est pourquoi un contrôle de constitutionnalité peut être déclenché.

Ainsi, si le Conseil constitutionnel est saisi au cours du délai de quinze jours de promulgation, il pourra, le cas échéant, déclarer, en tout ou partie, le texte inconstitutionnel. Ces éléments ne peuvent alors plus être promulgués.

2- Application de la loi

86. Après que le Conseil Constitutionnel se soit prononcé, il revient au Président de la République de prendre un décret qui va constater l'existence d'une loi et en ordonner l'exécution. Le décret est contresigné par le Premier Ministre et les Ministres responsables ; « la présente loi sera exécutée comme loi de l'État ». La loi doit enfin être publiée. C'est à partir de la date de publication que la loi entre en vigueur, qu'elle sera opposable à tous (nul n'est censé ignorer la loi). Cette publicité est assurée par la publication de la loi au Journal Officiel. Ainsi, à Paris la loi sera applicable un jour franc après sa publication ; en province ce sera un jour franc après l'arrivée du Journal Officiel au chef lieu d'arrondissement.

87. Une fois entrée en vigueur, la loi est applicable pour une durée indéterminée (la règle de droit a un caractère permanent). La loi ne prend donc fin que si elle est abrogée. L'abrogation est de la compétence de l'autorité qui a le pouvoir de faire la loi. L'abrogation peut être expresse, c'est-à-dire qu'une loi en déclare une autre caduque soit totalement soit partiellement. Mais l'abrogation peut être tacite lorsqu'une loi nouvelle est incompatible avec une loi ancienne. Pour résoudre cette contradiction, on suppose, en principe, que la loi nouvelle est meilleure et qu'elle doit donc recevoir application. Dans le cas où une règle générale et une règle spéciale sont en conflit, la loi spéciale doit l'emporter sur la loi générale (les lois spéciales dérogent aux lois générales).

3- Les conflits de loi

88. Tout acte ou tout fait juridique s'inscrit dans le temps, qu'ils produisent leurs effets en un seul instant ou que ces effets s'étalent dans le temps. Comment doit être résolu le problème lorsque deux lois ayant le même objet entrent successivement en vigueur ; quelle loi doit-on appliquer ? Il faut distinguer trois situations : les situations passées, les situations en cours et les situations à venir. On comprend que la difficulté se situe au niveau des situations en cours. Selon l'article 2 du Code civil « la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif ».

a) La loi n'a pas d'effet rétroactif

89. Une loi nouvelle ne peut s'appliquer à des actes ou des faits passés sous l'empire d'une loi ancienne. Deux régimes juridiques, ayant le même objet, vont donc se succéder, celui issu de la loi ancienne pour les situations nées du temps où elle était en vigueur et la loi nouvelle pour les situations postérieures à son entrée en vigueur. Il existe cependant des exceptions à ce principe.

LA LOI PEUT ÊTRE EXPRESSÉMENT DÉCLARÉE RÉTROACTIVE, cela signifie que la loi va régir la validité et les effets passés des situations juridiques nées avant sa promulgation.

C'est aussi le cas des LOIS PÉNALES PLUS DOUCES qui prévoient des sanctions pénales moindres qui vont s'appliquer à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi dès lors qu'une condamnation définitive n'est pas intervenue.

Plus exceptionnellement, le législateur peut voter une LOI dite INTERPRÉTATIVE qui viendra préciser le sens d'une première loi obscure ce qui justifie sa rétroactivité.

b) La loi nouvelle régit seule l'avenir

90. Parce que la loi nouvelle est réputée meilleure que la loi ancienne elle doit être d'application immédiate. Mais en vertu du principe de non-rétroactivité, la loi nouvelle ne pourra régir que les situations qui apparaissent postérieurement à son entrée en vigueur. Cependant cette solution de principe n'est pas sans poser des problèmes. Par exemple, on peut se demander si une loi nouvelle doit s'appliquer à un contrat bien que certains de ses éléments aient déjà été réalisés sous l'empire d'une loi ancienne. Ici, ce n'est pas un problème de rétroactivité de la loi car il n'est pas question de revenir sur des effets réalisés, il s'agit de savoir si la loi ancienne abrogée va continuer à produire des effets futurs pour des événements prochains nés de ce contrat. L'application du droit impose de bien déterminer la nature de la situation en cause. Lorsque cette situation procède d'un contrat en cours, la loi nouvelle ne s'appliquera pas immédiatement. La loi ancienne va donc continuer à produire ses effets malgré la loi nouvelle pour des raisons de sécurité juridique. Ainsi, les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il est passé. Toutefois, le législateur peut prévoir qu'une loi nouvelle s'applique immédiatement au contrat en cours. Le juge peut également en décider lorsque cette loi nouvelle est d'ordre public c'est-à-dire qu'elle exprime un intérêt social impérieux.