

# INTRODUCTION GENERALE AU DROIT

## PLAN

### INTRODUCTION

## **1re partie : LE DROIT , ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE REGLES : LE DROIT OBJECTIF**

### **Chapitre premier : LES CARACTERES DE LA REGLE DE DROIT**

- I. - La règle de droit est obligatoire
- II. - La règle de droit est générale
- III. - La règle de droit est permanente
- IV. - La règle de droit a une finalité sociale

### **Chapitre II : LES MATIERES DU DROIT**

- I. - L'opposition du droit public au droit privé
  - A - Le droit privé
  - B - Le droit public
  - C - Les droits mixtes
- II. - L'opposition du droit interne au droit international
  - A - Le droit international privé
  - B - Le droit international public

### **Chapitre III : LES SOURCES DU DROIT**

#### **Section I : LES SOURCES DIRECTES DU DROIT**

##### § 1 : LA LOI

- I. - Notion de loi
  - A - Distinction de la loi et du règlement
    - 1. Distinction quant à leur origine
    - 2. Distinction quant à leur domaine
  - B - Autres textes spéciaux
    - 1. Textes d'origine interne
    - 2. Textes d'origine internationale
- II. - Force obligatoire de la loi
  - A - Naissance et mort de la loi
    - 1. - L'entrée en vigueur de la loi
      - a. Conditions de l'entrée en vigueur
      - b. Date de l'entrée en vigueur
    - 2. - L'abrogation de la loi
  - B - Force variable de la loi

##### § 2 : LA COUTUME

- I. - Elaboration de la coutume
- II. - Force obligatoire de la coutume

#### **Section II : LES SOURCES D'INTERPRETATION DU DROIT**

##### § 1 : LA JURISPRUDENCE

- I. - Les méthodes d'interprétation
  - A - La méthode exégétique
  - B - Les méthodes modernes
  - C - Les procédés techniques d'interprétation
    - 1) Les procédés logiques d'interprétation
    - 2) Les maximes d'interprétation
- II. - Le produit de l'interprétation du droit
  - A - L'interdiction de créer le droit
  - B - L'obligation d'appliquer la loi
  - C - Le juge, législateur supplétif ?

##### § 2 : LA DOCTRINE

- I. - Les modes d'expression de la doctrine
- II. - Les fonctions de la doctrine

### **Section III : L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE**

#### **§ 1 : LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE**

- I. - Les juridictions du premier degré
  - A - Les formations civiles
    - 1) Le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun
    - 2) Le tribunal d'instance, juridiction ordinaire d'exception
    - 3) Les juridictions d'exception spécialisées
      - a) Le tribunal de commerce
      - b) Le conseil de prud'hommes
      - c) Le tribunal paritaire des baux ruraux
      - d) Les juridictions de la Sécurité sociale
  - B - Les formations répressives de jugement
    - 1) Le tribunal de police
    - 2) Le tribunal correctionnel
    - 3) La cour d'assises
- II. - La juridiction du second degré : la cour d'appel
- III. - La Cour de cassation
  - A - Rôle de la Cour de cassation
  - B - Composition et formation de la Cour de cassation
  - C - Mécanisme du pourvoi en cassation

#### **§ 2 : LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF**

- I. - Le Conseil d'Etat
- II. - Les tribunaux administratifs
- III. - Les cours administratives d'appel

#### **§ 3 : LES JURIDICTIONS EXTERIEURES AUX DEUX ORDRES**

- I. - Le Tribunal des conflits
- II. - Le Conseil Constitutionnel

#### **§ 4 : LES JURIDICTIONS EUROPEENNES**

- I. - La Cour de justice des communautés européennes
- II. - La Cour européenne des droits de l'homme

## **Chapitre IV : LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA REGLE DE DROIT**

### **Section I : L'APPLICATION DE LA REGLE DE DROIT DANS L'ESPACE**

- I. - Les départements d'Alsace-Moselle
- II. - Les départements et territoires d'Outre-Mer
  - A - Les départements d'Outre-mer
  - B - Les territoires d'Outre-mer

### **Section II : L'APPLICATION DE LA REGLE DE DROIT DANS LE TEMPS**

#### **§ 1 : LA NON-RETROACTIVITE DES LOIS**

- I. - Le principe de non-rétroactivité
- II. - Les limites au principe de non-rétroactivité
  - A - Les lois expressément rétroactives
  - B - Les lois interprétatives
  - C - Les lois pénales plus douces

#### **§ 2 : L'EFFET IMMEDIAT DE LA LOI NOUVELLE**

- I. - Le principe de l'effet immédiat
- II. - Le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle

## **2ème partie : LE DROIT, ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE PREROGATIVES : LES DROITS SUBJECTIFS**

### **Chapitre premier : LA CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS**

#### **Section I : LES DROITS PATRIMONIAUX ET EXTRAPATRIMONIAUX**

##### **§ 1 : NOTION DE PATRIMOINE**

- I. - La théorie classique d'Aubry et Rau

- A - Le patrimoine est une universalité juridique
- B - Le patrimoine est lié à la personne
- C - Le patrimoine ne contient que des droits pécuniaires

II. - Critiques de la théorie classique

§ 2 : LA CLASSIFICATION DES DROITS EN FONCTION DU PATRIMOINE

I. - Le critère de distinction

II. - La portée de la distinction

**Section II : LES DROITS REELS ET PERSONNELS**

§ 1 : LES DROITS REELS

I. - Les droits réels principaux

II. - Les droits réels accessoires

§ 2 : LES DROITS PERSONNELS

§ 3 : DEUX CATEGORIES OUBLIEES : LES DROITS INTELLECTUELS ET LES DROITS DE LA PERSONNALITE

**Section III : LES DROITS MOBILIERS ET IMMOBILIERS**

I. - Les droits immobiliers

II. - Les droits mobiliers

**Chapitre II : LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS**

*Section préliminaire : L'OBJET DE LA PREUVE*

**Section I : LA DETERMINATION DE LA CHARGE DE LA PREUVE**

§ 1 : LE PRINCIPE

§ 2 : LES PRESOMPTIONS LEGALES

I. - Les présomptions légales simples

II. - Les présomptions légales irréfragables

**Section II : LA DETERMINATION DES PROCEDES DE PREUVE**

§ 1 : L'ADMISSIBILITE DES PROCEDES DE PREUVE

I.- La distinction des actes et des faits juridiques

A - Les actes juridiques

B - Les faits juridiques

II. - La preuve des actes juridiques

A - Preuve de l'existence d'un acte juridique

B - Preuve contre l'écrit qui constate un acte juridique

C. - Les conventions sur la preuve

III. - La preuve des faits juridiques

§ 2 : LES DIFFERENTS PROCEDES DE PREUVE

I. - Les preuves parfaites

A - La preuve littérale

1) Les actes sous seing privé

a) Le support

b) La signature

c) La force probante de l'écrit

2) Les actes authentiques

B - L'aveu judiciaire

C - Le serment décisoire

II. - Les preuves imparfaites

A - La preuve testimoniale

B - La preuve par présomptions

C - L'aveu extra-judiciaire

D - Le serment supplétoire

**Chapitre III : LA SANCTION DES DROITS SUBJECTIFS : L'ACTION EN JUSTICE**

**Section II : L'ACTION EN JUSTICE**

I. - L'intérêt à agir

II. - La qualité pour agir

§ 2 : L'INSTANCE

I. - Les principes directeurs du procès

II. - Le jugement

A - Notion de jugement

B - Force du jugement

- 1) Le domaine de l'autorité de la force jugée
- 2) Les conditions de l'autorité de la force jugée

# BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

## 1) TRAITES, MANUELS et PRECIS

- **J.-L. AUBERT**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, Collection U, 8e édition, 2000.
- **Ch. BEAUDET**, *Introduction générale et historique à l'étude du droit*, Centre de publications universitaires, 1997.
- **J. BONNARD**, *Introduction au droit*, éd. Ellipses, coll. Universités Droit, 2e éd., 1998.
- **M. BONNECHERE**, *Introduction au droit*, La découverte, coll. Repères, n°156, 1994.
- **CABRILLAC (R.)**, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1999.
- **J. CAILLOSSE**, *Introduire au droit*, Montchrestien, coll. Clefs, 1999.
- **J. CARBONNIER**, *Droit civil, tome 1, Introduction*, P.U.F., Collection Thémis, 26e édition, 1999.
- **G. CORNU**, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 8e édition, 1997.
- **DEFRENOIS-SOULEAU (I.)**, *Je veux réussir mon droit, Méthodes de travail et clés du succès*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1998.
- **J. GHESTIN ET G. GOUBEAUX** avec la collaboration de **M. FABRE-MAGNAN**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4e édition, 1995.
- **J.-P. GRIDEL**, *Introduction au droit et au droit français, notions fondamentales, méthodologie, synthèse*, Dalloz, 2e édition, 1994.
- **JESTAZ (Ph.)**, *Le droit*, Connaissances du droit, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1996.
- **X. LABBEE**, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Presses universitaires du Septentrion, coll. Droit/Manuels, 1998.
- **Ch. LARROUMET**, *Droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3 éd., 1998.
- **D. MAINGUY**, *Introduction générale au droit*, Litec, coll. Objectif Droit, 1997.
- **Ph. MALAURIE et L. AYNES**, *Droit civil, Introduction générale*, par Ph. MALAURIE, CUJAS, 2e édition, 1994/1995.
- **Ph. MALINVAUD**, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 8e éd., 1998.
- **G. MARTY et P. RAYNAUD**, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2e édition, 1972.
- **H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS**, *Leçons de droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 11e édition, 1996.
- **M. PARQUET**, *Introduction générale au droit*, Collection Lexifac, Bréal, 1996.
- **J.-L. SOURIOUX**, *Introduction au droit civil*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 2e édition, 1990.
- **B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER**, *Introduction au droit*, Litec, 4e édition, 1996.
- **F. TERRE**, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 4e édition, 2000.

## 2) RECUEIL DE DECISIONS

- **H. CAPITANT**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11e édition par **F. TERRE et Y. LEQUETTE**, Dalloz, 2000, 2 tomes.

## 3) CODES

- Code civil, édition 2001, Dalloz (code rouge).
- Code civil, édition 2001, Litec (code bleu).

## 4) VOCUBULAIRE, LEXIQUES

- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2000.
- **GUINCHARD et MONTAGNIER**, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd. 1999.

## INTRODUCTION : **Qu'est-ce que le droit ?**

Même si vous vous situez à l'aube de vos études de droit, vous avez tous une certaine idée, plus ou moins vague, de ce qu'est le droit. Cette idée a sans doute guidé le choix de votre inscription à la faculté de droit. Pour vous, sans doute, le droit est ce qui ordonne, ce qui interdit. L'idée que vous avez du droit est essentiellement liée à la contrainte, à la sanction.

**Mais le droit, c'est aussi beaucoup plus que cela** Le droit est partout. Le droit régit la vie des hommes. Les règles de droit sont destinées à régir les rapports humains. Aussi, le droit surgit dans tous les rapports humains. Il n'est pas étranger aux rapports d'affection : le droit régit les rapports entre époux, y compris pour des questions aussi intimes que la fidélité ou l'assistance pendant la maladie mais aussi les rapports entre les parents et les enfants, déterminant les règles de filiation, les rapports d'autorité, les devoirs réciproques... Le droit régit naturellement les rapports économiques, les rapports des individus avec l'Etat, les rapports des Etat entre eux. Partout, il y a du droit... Parce que le droit est cosubstantiel à l'existence d'une société. Dès qu'il y a une société, il y a du droit.

En effet, à partir du moment où plusieurs personnes vivent ensemble, naît aussitôt un besoin d'ordonner leurs conduites. Ces règles de conduites, éparses et diverses, composent un ensemble : le Droit. Le droit est **un phénomène vivant**. Les règles naissent, vivent, meurent, évoluent dans leur contenu, parce que la société et les hommes qui la composent, évolue. Parce que les rapports humains sont complexes, le droit est complexe.

Mais ce droit désigne plusieurs phénomènes, a **plusieurs sens** qu'il ne faut pas confondre. Ces sens ne doivent pas être confondus mais mis en relation.

**Le Droit recouvre donc plusieurs notions**. Comme toute science, le droit a aussi son langage. La science juridique emprunte parfois au langage usuel, son vocabulaire mais le sens en est parfois différent, plus large ou plus restreint. Les mots ont parfois aussi deux sens. Il en est ainsi du mot "droit". Il y a le Droit, qu'on serait tenter d'écrire avec une majuscule et les droits, avec une minuscule :

- tantôt, on entend par droit, l'ensemble des règles juridiques, ce qu'on appelle "le droit objectif" ;
- tantôt, on entend par droit, telle ou telle prérogative dont une personne est titulaire, dont elle est le sujet, on parle alors des "droits subjectifs".

Aussi, le mot droit comporte pour les juristes, deux définitions distinctes. Les Anglais utilisent deux termes différents : *law*, et *rights*. Le droit recouvre deux ensembles différents qui diffèrent profondément, même s'ils se situent en relation. En effet, l'objet du droit objectif est de délimiter les droits subjectifs des personnes.

**- LE DROIT OBJECTIF : Le droit est, en premier lieu, un ensemble de règles destinées à organiser la vie en société.** A cet ensemble, on applique l'expression **Droit objectif**.

- Il s'agit de délimiter la part de liberté et de contrainte de chacun. Il faut **définir ce qui est permis ou pas pour que la vie sociale soit possible**. La société établit des règles destinées à régir son fonctionnement, et par voie de conséquence, à organiser les relations des personnes qui la composent.

- Le droit objectif est constitué par l'ensemble de ces règles juridiques. Lorsqu'on étudie la règle de droit objectif, cela signifie qu'on prend en considération la règle de droit, en elle-même et pour elle-même, abstraction faite de son contenu. On envisage ce qui est commun à toutes les règles juridiques : ses caractères, ses classifications, ses sources, son domaine d'application, etc...

**- LES DROITS SUBJECTIFS** : Le mot droit a une seconde signification. Le Droit objectif reconnaît, en effet, **des prérogatives aux individus**. Ces prérogatives sont des droits subjectifs dont les individus peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres. Il ne faut pas perdre de vue que le droit a pour but d'organiser la vie en société, donc de régir des personnes qu'on appelle **sujets de droit**. Dans ce second sens, le droit est envisagé de façon plus concrète et particulière. **On examine les droits dont une personne est titulaire, les prérogatives individuelles que les personnes ont vocation à puiser dans le corps de règles constitué par le droit objectif**.

- Le droit, pris dans son sens subjectif, désigne alors **une prérogative accordée à telle ou telle personne**. Il s'agit par exemple du droit de propriété, de droit de vote, du droit de grève, du droit d'exercer l'autorité parentale sur ses enfants, etc... C'est un droit subjectif qu'on envisage lorsqu'on affirme : "j'ai le droit de faire telle et telle chose en vertu de ma qualité de parent ou de propriétaire" mais d'une norme de droit objectif qu'on parle de condamner quelqu'un à réparer un dommage en vertu de l'article 1382 du Code civil".

- **Ces deux significations du mot droit ne s'opposent pas**, elles sont complémentaires. Ce sont deux façons différentes d'envisager le même phénomène, les deux faces d'un même miroir : le droit. Le droit objectif tend à déterminer les droits subjectifs des individus.. Nous envisagerons successivement le droit envisagé comme un ensemble de règles, c'est-à-dire « le droit objectif» dans première partie et nous verrons dans une deuxième partie, le droit envisagé comme un ensemble de prérogatives, c'est-à-dire «les droits subjectif»s ou plus exactement ce qui constitue leur unité. (Toutes les études universitaires tendent à une connaissance approfondie des différentes catégories de droits subjectifs).

## **1re partie : LE DROIT, ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE REGLES : LE DROIT OBJECTIF**

- Le droit tend à structurer la société, à travers une combinaison complexe de normes, mais la règle de droit existe à côté d'autres règles sociales : quels sont ses caractères propres ? (**chapitre premier**).

- Le droit est, on l'a dit, une science. Nous verrons comment cette science a évolué en remontant dans l'histoire et en examinant ses ramifications (**chapitre II**).

- Dans un troisième temps, nous examinerons comment naît la règle de droit, quelles en sont les sources (**chapitre III**).

Enfin, nous verrons dans un dernier temps comment les règles coexistent les une avec les autres, quel en est, pour chacune, le domaine d'application (**chapitre IV**).

### **Chapitre premier : LES CARACTERES DE LA REGLE DE DROIT**

L'idée de droit ne peut être dissocié de celle de règle. Mais cette relation entre la règle et le droit ne peut être que le point de départ de la réflexion. Il existe, en effet, bien d'autres ensembles de règles qui ne sont pas juridiques ou ne sont pas considérées comme telles. Il en est ainsi de la règle de jeu, de la règle morale ou encore la règle de politesse. Pour cerner plus précisément le droit, il convient d'examiner les principaux caractères de la règle de droit, ce qui en constitue l'essence. Or, on constate que la règle de droit est, le plus souvent, obligatoire (I), générale (II), permanente (III) et qu'elle a une finalité sociale (IV). Néanmoins, on aura l'occasion de constater que la réunion de chacun de ces critères de reconnaissance du droit n'est pas toujours suffisant ou, à l'inverse, n'est pas toujours nécessaire, ce qui rend notre démarche bien délicate...

#### **I. - LA REGLE DE DROIT EST OBLIGATOIRE**

- **La règle de droit est un commandement** : elle a un caractère obligatoire. Si elle était dépourvue de ce caractère, elle ne serait qu'un conseil laissé à la discrétion de chacun et non un ordre. La règle de droit doit être respectée pour pouvoir jouer son rôle d'organisation de la société. S'il n'y avait plus de règle obligatoire, ce serait le règne de l'anarchie.

- **La règle de droit ordonne, défend, permet, récompense ou punit** Même lorsque la règle de droit est permissive, elle a un caractère obligatoire parce qu'elle interdit aux autres de porter atteinte à cette liberté (ex. le droit de grève est une règle juridique obligatoire et l'employeur ne peut s'y opposer, l'avortement est, à certaines conditions, un droit et nul ne peut s'opposer à la pratique de ces interventions médicales).

- **Le droit est assorti de sanctions**. Il a un caractère coercitif, il est sanctionné par l'Etat. C'est cette consécration par l'Etat qui fait la règle de droit. Pour obtenir le respect du droit, des contraintes et des sanctions sont prévues. Lorsque l'autorité judiciaire constate la violation d'un droit, elle requiert la force publique pour que celle-ci contraigne le contrevenant à respecter le droit. Il est possible d'exiger l'exécution de la règle de droit, au besoin en recourant à un organe de Justice institué par l'Etat (ex. police, gendarmerie, etc...). Néanmoins, heureusement, le plus souvent, la menace du gendarme suffit. La sanction étatique est souvent virtuelle, à l'état de menace. Statistiquement, le respect volontaire du droit demeure. Ce n'est pas seulement la peur du gendarme qui inspire ce respect volontaire du droit. Ex. : entre époux qui s'aiment, on peut penser que la fidélité ne repose pas sur la peur d'une sanction de l'adultère. De même, ce ne sont pas seulement les sanctions prévues par le Code pénal qui nous empêchent de voler ou de tuer.

- **Ce caractère obligatoire permet d'opposer la règle de droit aux autres règles**. Ainsi, la règle religieuse, la règle morale ou la règle de politesse sont dépourvues de ce caractère obligatoire. Certes, la violation d'une règle religieuse peut donner lieu à des sanctions émanant de Dieu ou de l'Eglise (excommunication) et la violation d'une règle morale ou de politesse peut entraîner la réprobation sociale, le blâme public, l'exclusion, mais

l'exécution de ces règles ne peut être pris en charge par l'autorité publique. L'Etat n'est pas à l'origine de la contrainte exercée pour le respect de la règle religieuse ou morale. On perçoit immédiatement qu'une telle proposition n'est valable que pour les Etats laïcs. Car toutes règles morale, religieuse ou autre, a vocation à devenir juridique, indépendamment de son contenu et de sa finalité : il lui suffit d'être rendue obligatoire et sanctionnée par l'Etat. Or, pour les Etats religieux, la distinction entre règle religieuse et règle de droit n'existe plus puisque le droit procède de la religion.

- **L'existence d'une sanction serait donc le propre de la règle de droit.** Certains ont pu néanmoins dénoncer là une logique un peu réductrice de la notion de droit. De plus, cette analyse serait fondée sur un raisonnement vicié. En effet, pour savoir ce qu'est le droit, c'est-à-dire ce qui doit être sanctionné par l'autorité publique, il conviendrait d'examiner ce qui est effectivement sanctionné par l'autorité publique. Le raisonnement, on le voit, conduit à une véritable tautologie : Doit être sanctionné ce qui est sanctionné. Est du droit, ce qui est du droit.

- D'ailleurs, entre les conduites relevant du non-droit et celles qui dépendent de la sanction de l'autorité publique, il y a des situations intermédiaires, sans doute juridique, mais dans une large mesure à l'abri des sanctions étatiques. Ainsi en est-il en cas **d'obligation naturelle**, catégorie intermédiaire entre le devoir moral et l'obligation civile, cad juridiques.

**L'obligation civile est un lien de droit, en vertu duquel une personne est tenue, à l'égard d'une autre, d'un fait ou d'une abstention.**

**L'obligation naturelle, par opposition à l'obligation civile, n'est pas susceptible d'exécution forcée.**

- On cite souvent l'exemple de **l'obligation alimentaire entre frères et soeurs**. Celle-ci, contrairement à l'obligation alimentaire entre parents et enfants, n'existe pas juridiquement. Ce n'est qu'un devoir moral, une obligation naturelle. **Mais si elle fait l'objet d'une exécution spontanée, elle devient une obligation juridique et la continuation de son exécution pourra être demandée en justice.** (*et il est impossible d'obtenir restitution de ce qui a été versé au motif que cela n'était pas dû juridiquement*)

- Une théorie, dite **moderne ou subjective**, explique le mécanisme de l'obligation naturelle. L'idée est que l'obligation naturelle résulte **d'un devoir moral** assez fort pour que le débiteur s'en estime tenu mais pas suffisant pour être sanctionné par la loi. Le doyen Ripert y reconnaissait là, "**un devoir moral qui monte vers l'obligation civile**". L'obligation naturelle n'est qu'un devoir moral si intensément ressenti par le débiteur, qu'il s'en estime tenu. En ce sens, elle ressemble au devoir moral. Cependant, **si le débiteur de l'obligation naturelle l'exécute volontairement ou seulement reconnaît son existence, en connaissance de cause, il est censé exécuter une obligation reconnue par le droit positif : L'obligation naturelle devient une obligation juridique.**

- **Si le débiteur d'une obligation naturelle s'engage à l'accomplir, cette promesse est valable et engage civilement son auteur.** L'obligation naturelle devient une obligation civile parce qu'en promettant d'exécuter l'obligation naturelle, le débiteur prend un engagement. Il fait donc naître une obligation civile valable, susceptible, cette fois, d'exécution forcée.

## II. - LA REGLE DE DROIT EST GENERALE

- **La règle de droit est générale** : cela signifie qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les personnes qui forment le corps social. Cela explique qu'elle soit toujours formulée **de manière générale et impersonnelle**. On rencontre souvent les formules : "Quiconque..." ; "Toute personne...". La règle concerne chacun et ne vise personne en particulier. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les règles de droit ont vocation à régir toutes les personnes. Parfois la règle de droit s'applique à un groupe de personnes : les salariés, les employeurs, les médecins, les consommateurs, les propriétaires, les conducteurs d'automobiles, les époux.

- **La règle est générale parce qu'elle a vocation à s'appliquer à toute personne appartenant à cette catégorie.** La règle de droit n'en est pas moins générale parce qu'elle vise une catégorie de personnes sans viser personne en particulier. Même si la règle vise une catégorie à laquelle une seule personne appartient, (ex. Le président de la république française en fonction), elle conserve un caractère général parce qu'elle ne nomme personne en particulier.

- **En principe, ce caractère général de la règle de droit est une garantie contre l'arbitraire, contre la discrimination individuelle.** Mais le caractère général de la règle de droit ne signifie pas égalité. La règle de

droit peut être discriminatoire à l'égard d'un groupe de personnes pour des motifs louables (accorder plus de droits aux personnes âgées, plus de protection aux femmes enceintes, aux enfants ; être plus sévère à l'égard des automobilistes qui créent un risque pour les non-conducteurs) ou des motifs condamnables (race, sexe, religion, convictions politiques, etc...) La généralité de la règle de droit est une protection nécessaire mais insuffisante contre l'arbitraire.

- **La règle de droit doit régir des situations et non pas des cas particuliers.** Ex. : la loi ne va décider si Jean est l'enfant légitime de M. et Mme Dupont. Mais la loi décide que tous les enfants nés pendant le mariage sont légitimes. Il faudra appliquer la loi à cette situation. En revanche, le juge statue sur des cas particuliers, il rend des décisions et non pas des règles de droit.

- **Ce caractère général de la règle de droit permet de la distinguer d'autres normes juridiques.** Ainsi, une décision individuelle même émanant de l'Administration ou du Parlement n'est pas une règle de droit (ex. : un permis de conduire, une notification de droits, une loi qui ordonne les funérailles nationales pour les obsèques d'un homme d'Etat, un ordre de réquisition, une nomination par décret à une fonction publique ou à un titre honorifique etc...). Ce n'est pas règle de droit mais une disposition personnelle. Il en est de même d'un jugement tranchant un litige particulier : il n'édicte pas une règle de droit à vocation générale. Il répond, au contraire, à un problème particulier. Dans ces deux cas, il ne s'agit pas d'une règle de droit mais d'une décision.

### III. - LA REGLE DE DROIT EST PERMANENTE

- **On dit que la règle de droit est permanente parce qu'elle a une application constante pendant son existence.** Elle a vocation à régir l'avenir, à durer un certain temps. Cela ne signifie pas que la règle de droit soit éternelle : elle a un début et une fin. Cependant pendant le temps où elle est en vigueur, elle a toujours vocation à s'appliquer. Un juge ne pourrait pas écarter l'application d'une loi parce qu'elle ne lui paraît pas opportune. Si les conditions prévues par la règle sont réunies, la règle a vocation à s'appliquer. La règle de droit est permanente parce qu'une fois née, **la règle de droit s'applique avec constance et de façon uniforme à toutes les situations qu'elle régit jusqu'à ce qu'elle soit abrogée par l'autorité compétente (en principe, la même que celle qui l'a fait naître).**

### IV. - LA REGLE DE DROIT A UNE FINALITE SOCIALE

- Le droit a pour ambition de régler **les relations extérieures des hommes entre eux pour y faire régner une certaine paix sociale.** Il a une finalité sociale.

Des auteurs illustrent cette idée par l'histoire de Robinson et Crusoé. Aussi, **Robinson**, seul dans son île, n'a-t-il aucun besoin de droit. S'il souhaite tout de même en fonder un, le malheureux n'y parviendrait jamais. Pour l'homme seul, la notion de droit n'a aucun sens. Robinson peut tout au plus se doter d'une morale, celle de ses pères ou celle qu'il aura créée lui-même. Le droit, lui, suppose, la présence de l'autre : il n'a pas son siège dans le for intérieur, mais dans les rapports sociaux qu'il organise. Les juristes le disent en latin : **ubi societas, ibi jus** (là où il y a société, il y a droit). Aussi, pour Robinson, la rencontre avec Vendredi change sa situation. Comme l'a dit un auteur (F. Terré), « elle contient le droit en germe ». En d'autres termes, la nécessité du droit ne se manifeste que lorsque l'homme vit en groupe. Or, l'homme, cet être sociable (Aristote) incline à vivre en société.

- **La règle juridique est un facteur d'ordre, un régulateur de la vie sociale.** Néanmoins, il ne s'agit pas là de la seule finalité du droit.

- Le Droit fournit un certain **nombre de règles de conduite destinées à faire régner, tout à la fois, le progrès et la Justice.** Tout le monde s'accorde sur cette finalité du droit même si des divergences existent sur le sens et la voie du progrès à suivre. Mais le droit n'est pas le seul à poursuivre cette finalité. Le Droit entretient des rapports étroits et ambigus tout à la fois avec la règle religieuse, la règle morale et l'équité car le Droit n'a seulement pour finalité de faire régner l'ordre, il a aussi pour ambition de faire régner un idéal de Justice. Envisageons, à partir de cette idée, ce qui oppose la règle de droit à d'autres règles qui peuvent aussi viser un certain idéal de justice, une progression de l'Humanité.

- **Droit et Religion**

Fondée sur un rapport transcendant, la **religion** présente ses commandements comme venant de Dieu. La règle religieuse veille au salut de l'être humain. La règle de droit n'en présente pas moins certains liens avec la règle religieuse.

- Il n'en est pas ainsi de toutes les règles juridiques. **Il existe, en effet, des règles de droit dont on imagine mal les relations avec des commandements religieux.** Il en est ainsi des dispositions du **Code de la route**. Il en est d'autres, au contraire, dont on perçoit aisément les possibles rapports avec la religion, par exemple celle qui gouvernent le mariage ou le divorce (ou exemples de règles du droit pénal). Dans certaines civilisations, (*comme les pays de l'Islam*) l'Inde, certaines sociétés archaïques, fortement imprégnées par la religion, la distinction des règles de droit et des règles religieuses est souvent difficile et artificielle. Ce fut aussi le cas en France, sous l'ancien régime : l'Eglise régissait certaines matières du droit privé (en particulier l'état des personnes et le droit de la famille). Néanmoins, sur le plan méthodologique, on peut observer que Droit et Religion s'opposent sur un certain nombre de points.

- Il est, par exemple, **des contradiction évidente entre le contenu de certaines règles de droit et l'enseignement de la religion, notamment judéo-chrétienne.** Ainsi, il y a une contradiction évidente entre la légitime défense et le comportement qui consiste à tendre l'autre joue ou encore le recours possible à l'avortement ou au divorce. De plus, même lorsque le contenu de la règle juridique est directement inspiré par la loi religieuse (ne pas tuer, ne pas voler, ...), l'on peut être conduit à considérer **que les préceptes religieux concernent, au niveau de la sanction, des relations de l'homme avec la divinité, tandis que les règles de droit entraînent une sanction du groupe social.**

#### **- Droit et Morale**

- Ouverte aux impératifs de la conscience, la morale est plus exigeante que le droit, elle attend de l'homme, un dépassement. La morale est individualiste. **Le droit ne régit pas les conscience mais le corps social.** Vous pouvez, en toute impunité, avoir des envies de meurtre, des envies les plus invouables, le droit ne s'en préoccupe pas. La morale, quant à elle, tend à **la perfection de la personne** et à son épanouissement. Pour illustrer **l'opposition entre Droit et Morale**, on cite souvent la phrase de Goethe : **"Mieux vaut une injustice qu'un désordre"**, pour montrer que le but premier du droit est l'ordre, non la Justice.

- Mais, on peut faire remarquer que **rien n'interdit que l'ordre soit fondé sur la morale, la justice.** Bien au contraire, **la loi injuste ne peut que se heurter à la résistance des consciences individuelles et du corps social. Le droit sera d'autant mieux respecté et assurera d'autant mieux l'ordre social qu'il sera fondé sur la morale.** Certes le droit peut s'imposer par la force, mais l'ordre juridique risque alors de dégénérer en désordre social. Que deviendrait une société dont le droit permettrait ou encouragerait le vol ou la violence ?

- Aussi, **personne ne conteste sérieusement que la morale et le droit doivent, autant que possible, coïncider.** le droit doit, dans la mesure du possible, s'inspirer de la morale. Le droit contient indéniablement une référence à la morale, à un idéal de Justice. Finalement, pour certains auteurs (Jestaz), la justice serait une composante irréductible du Droit, seul cet appel à la notion de juste "justifierait" qu'on laisse les colts au vestiaire.

- Aussi **certains devoirs sont-ils naturellement à la fois juridiques et moraux.** Ainsi, la conformité du contrat aux bonnes moeurs est une condition de sa validité (articles 6 et 1133 du Code civil). L'interdiction morale et religieuse de tuer ou de voler est consacrée par le droit. Il en est ainsi de la plupart des dispositions du Code pénal. Celui qui s'est injustement enrichi aux dépens d'autrui devra lui restituer cet enrichissement sans cause, celui qui aura trompé son partenaire pour l'amener à conclure une convention verra la convention annulé (dol) et il pourra être condamné à payer des dommages-intérêts, etc...

- De la même façon, **la règle de droit s'inspire parfois de la morale** : ainsi pour l'élaboration de la loi du 24 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'avis du Conseil consultatif national d'éthique (= morale) pour les sciences de la vie et de la santé a été sollicité. La fonction de cet organisme est de donner un avis moral sur la recherche et les pratiques scientifiques (notamment sur la recherche en matière génétique).

- **Le contenu de la règle de droit n'est jamais gratuit, le fruit du hasard.** Le caractère coercitif de la règle de droit n'est, le plus souvent, accepté que parce qu'il correspond aux valeurs fondamentales de l'homme. Le droit est heureusement, le plus souvent, le fruit d'un consensus social. **La règle de droit est la mise en oeuvre d'un projet politique poursuivi par la volonté dominante du corps social** (J.L. Aubert). La morale sociale dominante inspire généralement le contenu de la règle juridique. L'expérience le prouve : le plus souvent, ce n'est pas le droit qui modifie la société mais l'évolution des moeurs de celle-ci qui conduit à la modification des règles de droit (Ex. : l'instauration du divorce par consentement mutuel correspondait à une attente sociale, la morale

sociale s'est modifiée et a donc influencé le contenu de la règle juridique). (mais pas toujours vrai : abolition de la peine de mort en 1981 : les sondages d'opinion démontraient qu'une majorité de français y était hostile)

**- Droit et Équité (cf, l'ouvrage de Philippe Jestaz, Le Droit, coll. Connaissance du droit, Dalloz)**

L'équité a pu être joliment défini par un auteur comme la **"justice avec un "j" minuscule, non celle qui se clame de la République à la Bastille, mais la justice discrète des cas particuliers (Jestaz)**. Le droit s'oppose, dès lors, à l'équité. **Le juge, chargé d'appliquer la règle de droit, ne peut l'écarter parce qu'elle conduit à une injustice**. Le juge statue selon le droit et non selon ce qui lui paraît juste. Les raisons en sont simples. Une des nécessités, inhérentes au droit, **est de faire régner, non seulement la justice, mais aussi l'ordre, la sécurité, la paix**.

- Ainsi, lorsqu'une vente est passée à un prix trop bas, la justice milite soit en faveur de la nullité de la vente, soit dans le sens du paiement d'un supplément de prix et la sécurité en faveur d'une stabilité des relations contractuelles. Aussi, entre une baisse de prix conforme à l'idéal de justice et le souci d'assurer la sécurité des transactions, le législateur a préféré fixer des seuils et des conditions en dehors desquelles le droit refuse de servir les intérêts de la Justice. En ce sens, on peut estimer qu'il est moins nuancé, plus rudimentaire.

- On peut être tenter de penser que **le recours à l'équité permettrait peut-être de parvenir à un idéal de justice, à atténuer tout ce que le droit peut avoir de rigide, à réduire l'écart pouvant exister entre la justice et le droit**. Mais la notion de Justice est **trop subjective** pour que le juge puisse s'y référer comme une norme. Sous l'Ancien Régime, les Parlements (tribunaux sous l'ancien régime) avait le pouvoir de statuer en équité : **"Dieu nous garde de l'équité des Parlements"**, disait-on alors. Le juge français doit aujourd'hui juger en droit. La société a besoin de sécurité juridique, les personnes ont besoin de connaître, par avance, les conséquences possibles de leurs actes. Le droit doit aussi être uniforme sur tout le territoire. C'est une garantie de liberté individuelle et d'égalité des citoyens devant la loi.

- Néanmoins, **là encore l'opposition entre le droit et l'équité doit être nuancée**. Il arrive que le législateur renvoie **expressément** à l'équité des juges. Ainsi l'art. **1135** du Code civil dispose que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" et l'article 700 du NCPC permet au juge de condamner une partie à lui payer une certaine somme qu'il détermine *"lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie"* par exemple les honoraires de son propre avocat. D'autres fois, c'est plus **indirectement** que le pouvoir d'équité est attribué aux juges. Ainsi, le juge peut octroyer des délais au débiteur malheureux (art. 1244 al. 2), le juge dispose parfois d'un pouvoir modérateur par ex. en matière de clauses pénale (art. 1152 al. 2). D'une manière plus générale, le juge peut statuer en équité lorsque les plaideurs l'y autorisent par un accord exprès et pour les droits dont ils ont la libre disposition (art. 12 NCPC) : le juge est alors **amiable compositeur** ce qui ne signifie pas conciliateur mais juge en équité. Il statue selon sa conscience. Sa décision ne peut être cassée pour violation de la loi. **En dehors de ces hypothèses, il faut donc retenir que le juge ne peut statuer d'une façon générale en équité mais seulement en droit**.

Au terme de cette introduction, nous avons, sans doute, une idée un peu plus précise de ce qu'est **le droit**. Cette idée se renforcera et se perfectionnera davantage, au fil de la découverte des différentes matières du droit.

## **Chapitre II : LES MATIERES DU DROIT**

- On assiste, au XXe siècle, à une accélération du phénomène de **diversification** et donc **spécialisation du droit moderne**. Certes, le législateur doit prendre en compte le particularisme des diverses situations sociales afin d'adopter des règles de droit adéquates. Mais cette spécialisation du droit a d'autres causes. Elle est dû au progrès des sciences et des techniques, à une complexité croissante de l'économie, à un interventionnisme étatique accru, etc...

- Aussi, le droit est-il divisé en différentes branches en fonction de son objet ou de son domaine. Plusieurs classifications existent. La plus importante opposition concerne celle du droit public et du droit privé (I). On oppose aussi le droit national au droit international (II).

### **I. - L'OPPOSITION DU DROIT PUBLIC AU DROIT PRIVE**

- La distinction du droit privé (A) et du droit public (B) est classique. L'opposition n'est cependant pas absolue puisqu'il existe des droits mixtes (C). Cette opposition entre le droit privé et le droit public ne doit pas être surévaluée dans la mesure où elle tend à masquer **l'unité du droit**. Il existe, en effet, une profonde unité du droit, lequel n'est que **la traduction, sous la forme d'un ensemble de règles, d'un projet politique global**. (J.L. Aubert) Cela conduit beaucoup d'auteurs à dénier à la distinction droit privé-droit public, la valeur d'une vraie *summa divisio*. Cette distinction ne doit être envisagée que comme un instrument nécessaire de classification.

## A - LE DROIT PRIVE

- **Le droit privé est celui qui régit les rapports entre particuliers ou avec les collectivités privées, telles que les associations, les sociétés et qui assure prioritairement la sauvegarde des intérêts individuels.**

- Le droit privé comprend principalement le droit civil et le droit commercial.

- **Le droit civil** occupe une place privilégiée : il a une valeur générale et donne les principes généraux. **Le droit civil constitue le droit commun**. Cela signifie qu'il s'applique, en principe, à tous les rapports de droit privé, sauf si un droit spécial a été édictée pour une matière déterminée. Cette fonction particulière s'explique par le fait que le droit civil est la branche la plus ancienne du droit. Le droit civil régit d'abord la *famille* (aspects extra-patrimoniaux : mariage-divorce-filiation et aspects patrimoniaux : régimes matrimoniaux-successions-libéralités), ensuite la *propriété* et enfin le droit des *obligations* (contrat-responsabilité civile). Les principales règles du droit civil sont regroupées dans le **Code civil de 1804**. Le droit civil forme le tronc commun et des rameaux en ont été détachés.

- **Le droit commercial** contient les règles dont l'application est réservée soit *aux particuliers qui effectuent des actes de commerce, soit aux commerçants*. Il régit donc aussi bien les **sociétés** constituées pour la réalisation d'opérations commerciales, que **le fonds de commerce** du simple commerçant ou encore des **actes de commerce**, ensemble des actes accomplis par un commerçant dans l'exercice et pour les besoins de son commerce. S'il a emprunté au droit civil, un certain nombre de ses techniques, il s'en est détaché pour constituer un corps de *règles adaptées à la vie des affaires*. Cette autonomie a commencé à se manifester avec les Ordonnances de Colbert sur le commerce de la terre (mars 1673) et sur la marine (1681). Les règles du droit commercial sont principalement réunies dans un **Code de commerce** promulgué en 1807 mais qui s'est avéré rapidement dépassé. Il s'est progressivement vidé de toute sa substance puisqu'il ne comptait plus que 150 articles environ. Des lois très importantes régissent la vie des affaires, comme la loi du 24 juillet 1966 sur le droit des sociétés ou la loi du 25 janvier 1985 instituant une procédure de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises ne se trouvait pas dans le Code de commerce. Le législateur a remédié à cela en procédant à « une codification à droit constant ». Cela signifie qu'il n'a été apporté aucune modification de fond, autre que celles nécessaires à la cohérence rédactionnelle, au respect de la hiérarchie des normes et à l'harmonisation du droit. Le Code de commerce a donc été récemment complètement refondu par une ordonnance du 18 septembre 2000. Il se compose de 9 livres consacrés au commerce en général (livre I), aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique (livre II), à certaines formes de vente et aux clauses d'exclusivité (livre III) aux prix et à la concurrence (livre IV) aux effets de commerce et aux garanties (livre V) aux difficultés des entreprises (livre VI), à l'organisation du commerce (livre VII), à quelques professions réglementées (livre VIII) et l'Outre-mer (livre IX). Les textes ainsi codifiés, sont donc abrogés.

- Un certain nombre de règles se sont détachées **du droit commercial et du droit civil** pour constituer une branche autonome de droit de nature **mixte** (civil et commercial): *le droit de la propriété intellectuelle* (propriété industrielle et propriété littéraire et artistique) *le droit des assurances, le droit des transports, le droit rural* (branche du droit civil).

## B - LE DROIT PUBLIC

- Le droit public est celui qui régit les rapports de droit dans lesquels interviennent l'Etat (ou une autre collectivité publique) et ses agents. **Le droit public régit l'organisation de l'Etat et des collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les particuliers**. Ainsi, il contient les règles d'organisation de l'Etat et celles qui régissent les rapport entre les particuliers et l'Administration. Le droit public se subdivise aussi en plusieurs branches. Il comprend principalement **le droit constitutionnel** qui fixe les règles de base d'organisation de l'Etat, **le droit administratif** qui régleme la structure de l'Administration et ses rapports avec les particuliers, **les finances publiques et le droit fiscal** qui réunissent les règles gouvernant les dépenses et les recettes des

collectivités publiques, **les libertés publiques** qui définissent les divers droits de l'individu dans la société et les modalités de leur protection.

- Le droit public diffère du droit privé par :

- **une finalité différente** : il vise à satisfaire l'intérêt de la collectivité. Il est au service de l'**intérêt public** alors que le droit privé est au service des individus. **Il convient cependant de ne pas exagérer cette opposition** dans la mesure où la complexité croissante de la vie sociale et économique rend de plus en plus perceptible la fonction libératrice, pour l'individu, de l'intervention de l'Etat. On peut ainsi citer, par exemple, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui organise la sauvegarde des libertés individuelles tant à l'encontre des pouvoirs publics que des organismes privés.

- **un caractère impératif** : le plus souvent le droit public *s'impose aux administrés* alors que le droit civil est le plus souvent, un *droit d'autonomie*, c'est-à-dire que les personnes privées sont libres de se placer dans le système juridique de leur choix (mariage ou concubinage ; liberté de conclure ou pas : détermination libre du contenu du contrat, etc...). Là encore, il convient de ne pas exagérer cette opposition. En effet, le droit privé n'est pas toujours un droit d'autonomie. Les exemples sont nombreux tant en droit civil (ordre public découlant du régime primaire du mariage) qu'en droit commercial (mode de constitution et de fonctionnement des sociétés).

- **les privilèges reconnus à l'Administration** : Par exemple, en droit privé, il est un principe selon lequel "nul ne peut se faire justice à soi-même". Le droit subjectif ne peut être sanctionné qu'après avoir été reconnu par l'autorité judiciaire. L'Administration, au contraire, jouit du **privilège de l'exécution d'office**. Cela signifie qu'elle peut faire exécuter ses décisions à l'encontre des particuliers même s'ils en contestent la régularité. Ils devront *exécuter d'abord la décision et contester ensuite* en recourant à la Justice administrative : le contrôle s'exercera *a posteriori*. (ex. en matière d'impôt)

- **par les contraintes possibles** pour faire exécuter les décisions de Justice. En droit privé, il existe des mesures de contrainte, c'est-à-dire des voies d'exécution pour obliger les particuliers à respecter la décision de Justice (saisies des biens, par ex.). En droit public, il n'existe en principe aucune exécution forcée des décisions de Justice à l'encontre de l'Administration. Mais dans un Etat de droit, "l'Etat, dit-on, est honnête homme" : il paie ses dettes et se conforme au droit. Mais, il n'existe aucune mesure de contrainte sur l'Etat. S'il refuse d'exécuter une condamnation, ses biens sont insaisissables. *La seule contrainte est politique*. De la même façon, si un particulier, bénéficiaire d'une décision judiciaire favorable, demande au pouvoir exécutif de lui prêter le concours de la force publique, (pour expulser son locataire qui ne paie plus son loyer, par exemple), et se heurte à un refus ; il ne peut contraindre l'Etat. Sa seule ressource est d'obtenir la condamnation de l'Etat à des dommages-intérêts pour réparer le préjudice qu'il subit. **Néanmoins, une loi du 16 juillet 1980 a donné la possibilité au Conseil d'Etat de condamner l'Etat au versement d'une astreinte**, moyen indirecte de contrainte. Les juridictions judiciaires se reconnaissent le même droit. Ce moyen de pression a démontré son efficacité. Par contre, **la contrainte par corps** (prison pour dettes) a été supprimée par une loi du 22 juillet 1867 en matière civile et commerciale mais elle demeure pour les dettes vis à vis de l'Etat, notamment les dettes fiscales.

- **des juridictions différentes** : l'Administration est soumise à un ordre juridictionnel particulier, celui de **la juridiction administrative** chargée d'appliquer les règles de droit public. Le but, après la Révolution, par une loi du 16-24 août 1790, était de mettre l'action de l'Administration *à l'abri du contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire*.

## C - LES DROIT MIXTES

- Nous l'avons dit, la distinction du droit privé et du droit public n'est pas une division **absolue** du droit. En réalité, les techniques et les préoccupations se mélangent très souvent. Il est des règles de droit dites **mixtes** parce qu'elles réalisent une combinaison de règles relevant, pour les une du droit public, et pour les autres, du droit privé.

- **Le droit pénal**, appelé aussi "droit criminel" est un droit mixte. *Il a pour principal objet de définir les comportements constitutifs d'infractions, et de fixer les sanctions applicables à leurs auteurs*. Mais le droit pénal ne vise pas que la répression, il cherche aussi à prévenir les attitudes délictueuses, à rééduquer les anciens délinquants. Le droit pénal a un lien étroit avec le droit public puisque les infractions sont définies **en considération de l'intérêt général** et c'est la puissance publique qui assure l'exécution de la sanction. Le procès

n'oppose pas deux particuliers, la victime et le délinquant mais le délinquant et la société. Même si la victime n'intervient pas parce qu'elle est décédée ou ne souhaite pas les poursuites, le procès se déroulera normalement, opposant le délinquant au **ministère public**, représentant de l'Etat. L'essentiel des règles du droit pénal sont rassemblées dans un **Nouveau Code pénal**, entré en vigueur le **1er mars 1994**. (Abrogeant le Code Pénal de 1810)

Le droit pénal est néanmoins traditionnellement *rattaché au droit privé* et enseigné dans les facultés par des professeurs de droit privé. En effet, le droit pénal est bien antérieure à l'apparition du droit public qui s'est nettement démarqué de toutes les autres branches du droit. Cela a eu pour conséquence de rapprocher droit civil, commercial et pénal. Il faut également noter que le droit pénal *sauvegarde des intérêts privés*. Il protège les individus dans leur vie, leur honneur, leur propriété... et en ce sens, peut être considéré comme la sanction ultime du droit privé. Le droit pénal a donc une nature mixte.

- **Le droit processuel** regroupe la **procédure civile**, dite aussi le droit judiciaire privé, **la procédure pénale** et **la procédure administrative**. Ces trois branches du droit ont pour objet *l'organisation et le fonctionnement des organes de justice civile, pénale et administrative*. Ces règles déterminent la procédure à respecter lors du déroulement du procès. Ces différentes branches du droit ont un lien étroit avec le *droit public* puisque la procédure a pour objet la mise en place et le fonctionnement d'un service public, celui de la justice. Il n'en demeure pas moins que la procédure pénale et civile sont traditionnellement rattachées *au droit privé* et enseigné par des professeurs de droit privé, en raison de la nature des juridictions devant lesquelles elles ont vocation à s'appliquer.

- **Le droit social** regroupe **le droit du travail** et **le droit de la sécurité sociale**.

*Le droit du travail recouvre l'ensemble des règles qui définissent la condition des travailleurs salariés*. Il régit la prestation de travail; sa rémunération, la représentation collective des salariés, le droit de grève, les pouvoirs de l'employeur, le licenciement des salariés, etc...

**La sécurité sociale**, qui a pris son essor à partir de 1945, s'est détachée du droit du travail. Le droit de la sécurité sociale *réunit un ensemble de règles destinées à s'appliquer principalement aux travailleurs pour les garantir contre divers risques sociaux* (la maladie, les accidents du travail, le chômage), mais aussi pour jouer un rôle de *solidarité* par l'octroi de prestations pour charge de famille.

- Le droit social se rattache traditionnellement au *droit privé* car il régit les rapports entre deux particuliers, l'employeur et le salarié qui, à l'origine étaient soumis au Code civil. Mais, il revêt les caractères **d'un droit mixte** en raison des nombreux éléments de *droit public* qui y interviennent : le pouvoir de l'employeur est très encadré par de nombreux règlements, l'inspection du travail est une institution administrative, l'organisation de la Sécurité sociale est administrative, etc...).

## II. - L'OPPOSITION DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL

- La distinction entre droit interne et droit international est moins nette que celle du droit privé et du droit public. On peut dire que **quand un élément étranger se rencontre dans un rapport de droit, il s'agit de droit international**. On distingue le droit international privé du droit international public.

### A - LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

- **Le droit international privé est celui qui régit les rapports des particuliers entre eux lorsqu'il existe un élément étranger**. Ex. : un divorce entre un français et une irlandaise, mariés en Allemagne et domiciliés en France, peuvent-ils divorcer et si oui, selon quelles règles ? ; l'ouverture de la succession d'un anglais, décédé en Italie qui a un immeuble en France, quel est le sort du bien ? . Une partie du droit international a pour but de déterminer la loi applicable par la méthode dite de "conflits de lois". Dans l'exemple, faut-il appliquer la loi française, irlandaise, allemande, anglaise, italienne ? La solution dépend directement de la loi applicable, puisque par exemple, la loi irlandaise ne connaissait pas, jusqu'à tout récemment, le divorce. Une autre partie du droit international privé détermine les droits dont les étrangers peuvent se prévaloir en France et pose les règles applicables en matière de nationalité. Ce droit est aussi un droit mixte, car par exemple, le droit de la nationalité relève du droit public : il s'agit de rapports en un particulier et l'Etat. Il existe aussi un droit matériel international, c'est-à-dire des règles (le plus souvent contenues dans des conventions internationales) qui régissent les rapports de droit privé sur le plan international (ex. : Convention de Varsovie du 12/10/1929 sur les

transports aériens internes ou internationaux ou la Convention de Bruxelles du 29/04/1961 sur le transport maritime).

## **B - LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

- Le droit international public, appelé aussi **le droit des gens**, contient les règles applicables dans les rapports des Etats entre eux et définit l'organisation, le fonctionnement, la compétence et les pouvoirs des organisations internationales (Ex. : O.N.U.).

- Certains contestent l'existence du droit international public en tant que règle de droit, en raison de la faiblesse de son caractère obligatoire. **Y a-t-il un véritable ordre juridique entre les Etats ? Peut-il y avoir un droit des Etats sans Etat ?** En l'état actuel de l'organisation internationale, il n'existe pas de véritable force supranationale pouvant contraindre les Etats, au moins les plus puissants, à respecter les règles du droit international public. Bien que des sanctions soient parfois adoptées : boycott, embargo, rupture des relations diplomatiques, guerre, la communauté internationale *ne dispose pas de moyens aussi efficaces* que ceux dont disposent les Etats pour assurer, sur leur territoire, le respect de leur droit national. Cette faiblesse s'explique par **l'absence d'un véritable pouvoir supranational** qui pourrait imposer ses règles aux Etats. En l'état actuel du droit, le respect du droit international public repose essentiellement sur la bonne volonté des Etats ou sur la loi du plus fort. Cependant, on l'a vu plus haut, l'existence de la sanction n'est pas le seul critère du droit. Selon certains, ce serait d'un consensus, fondé ou non sur la peur, que le droit tirerait son existence (F. Terré). Pour ceux pour qui le critère du droit reste sa sanction, le droit international public ne peut être appréhendé encore que comme un droit en formation.

- **Le droit communautaire**, dont le corps de règles résulte principalement du **Traité de Rome** (25 mars 1957) instituant la Communauté économique européenne (C.E.E.), (aujourd'hui l'Union européenne) est un droit doublement mixte, à forte dominante de droit public. Ces règles du droit communautaire sont de nature mixte parce qu'elles sont *à la fois de droit international*, en ce qu'elle établit des relations entre les Etats, *et droit interne*, parce qu'elle comporte des règles qui ont vocation à s'appliquer dans l'ensemble des Etats membres, pour y créer un marché homogène aux règles communes. Le droit communautaire est aussi mixte en ce sens qu'il relève à la fois du *droit privé*, par la réglementation des échanges économiques de nature privé, et *du droit public*, par ses règles de fonctionnement des institutions européennes, le Conseil de l'Europe, la Cour de Justice des communautés européennes (Luxembourg), la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg), le Parlement européen, etc...

## **Chapitre III : SOURCES DE LA REGLE DE DROIT**

- Parmi tous les organes du corps social, seuls quelques-uns ont qualité pour exprimer la règle de droit et en affirmer le caractère obligatoire. La légitimité du droit tire sa force de la légitimité de l'organe qui en est à l'origine. Cette idée de légitimité est à l'origine de l'expression «source du droit».

- Les règles du droit positif émanent d'autorités diverses. Certaines autorités élaborent directement les règles dont elles imposent l'observation. Ce sont des sources directes des règles de droit (Section I). Les autres n'ont pas ce pouvoir et se bornent à interpréter ces règles. Ils se bornent à favoriser la compréhension et l'évolution du droit. Par ce travail, et à des niveaux différents, ils contribuent indirectement à la construction de l'édifice du droit. Ces autorités sont des sources d'interprétation qui, dans une certaine mesure mais de façon indirecte, créent des règles de droit (Section II). L'étude de l'organisation juridictionnelle nous permettra de mieux comprendre ce mode spécifique de création (Section III).

### **Section I : LES SOURCES DIRECTES DE LA REGLE DE DROIT**

- Les sources directes, véritablement créatrices, sont la loi (§1), au sens large, et la coutume (§2), créée spontanément par le sentiment et le comportement populaire.

- Dans le système juridique positif français, l'importance de la loi est beaucoup plus grande que celle de la coutume (longueur des développements inégale entre les deux §). Il n'en pas toujours été ainsi. Sous **l'Ancien Régime**, la coutume était presque la seule source du droit privé (pays de droit coutumier au Nord de la France, en opposition aux pays de droit écrit, au Sud). La **rédaction du Code civil**, reprenant de nombreuses coutumes,

a presque tari cette source. Au contraire, dans les **pays Anglo-Saxons**, la coutume est encore une importante source du droit.

## § 1 : LA LOI

- Le mot "LOI" est ici pris dans *un sens très large*. **Il recouvre toutes les dispositions publiques formulées par écrit, présentant un caractère général, impersonnel et obligatoire.** La "LOI" ainsi entendue, recouvre en réalité des textes de nature et de portée sensiblement différentes. Nous précisons ce qu'est cette notion de loi (I), puis nous examinerons sa force obligatoire (II).

### I. - Notion de loi

- Les organes qui ont autorité pour édicter des règles ou consacrer des solutions juridiques sont fort divers et hiérarchisés. Cette hiérarchie des règles présente une grande importance car un texte d'une catégorie inférieure est généralement subordonné aux textes d'une catégorie supérieure et ne peut y déroger.

- La Constitution du 4 octobre 1958 de la Ve République qui est au sommet de la hiérarchie des normes, oppose la loi *stricto sensu* au règlement (A). Il existe aussi des textes spéciaux de nature et d'origine variées (B).

### A - Distinction de la loi et du règlement

- Avant la Constitution de 1958, la distinction entre la loi et le règlement existait déjà. Mais cette distinction s'accompagnait d'une **affirmation de primauté absolue** de la loi. En effet, dans la tradition constitutionnelle républicaine française, la souveraineté est exercée par les représentants du peuple, élus au Parlement, c'est-à-dire le pouvoir législatif. Cette prédominance de la loi a aujourd'hui quasiment disparue. La loi *stricto sensu* se distingue du règlement surtout en raison de son origine (1) et de son domaine distincts (2).

#### 1. Distinction quant à leur origine

- La loi, au sens étroit du mot, est votée par le Parlement. Elle apparaît donc comme **l'oeuvre commune de l'Assemblée nationale et du Sénat**. En principe, L'Assemblée nationale et le Sénat doivent se mettre d'accord pour l'adoption d'un texte identique. Si l'accord n'est pas possible, même à la suite de la réunion d'une commission mixte composée d'un nombre égal de membres de chacune des assemblées, le Gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement (art. 45 de la Constitution). Il peut s'agir d'un texte d'initiative gouvernementale (**projet de loi** déposé par le Premier ministre) ou d'un texte d'initiative parlementaire (**proposition de loi** émanant d'un ou plusieurs parlementaires). On distingue les **lois ordinaires** ou parlementaires qui relèvent de la procédure normale et de la pratique courante des **lois constitutionnelles** qui sont des lois de révision de la Constitution, soumises à une procédure spéciale (possible référendum) ou des **lois organiques** dont l'objet est de compléter et de mettre en oeuvre des règles inscrites dans la Constitution (délai de réflexion à respecter, examen systématique par le Conseil constitutionnel) ou enfin des **lois de finances** soumises à des délais impératifs de ratification parce que ces lois sont indispensables pour la gestion du pays.

- **Le règlement** englobe l'ensemble des décisions du **pouvoir exécutif** et des autorités administratives. Cette notion regroupe, en réalité, différentes sortes de textes qui se situent, les uns par rapport aux autres, dans un ordre hiérarchique plus marqué que celui des lois et qui correspond aux hiérarchies internes de l'autorité publique. Au premier rang de ces textes figurent les décrets. La Constitution de 1958 attribue la compétence de principe en matière de décret au Premier Ministre (art 21 de la Constitution). Mais le Président de la République se voit reconnaître une compétence d'exception. L'exercice de ce pouvoir s'effectue par voie de décret. Les ministres, dans le cadre de leurs attributions ministérielles, les préfets, dans le cadre du département, les maires, dans celui de la commune, peuvent aussi prendre des arrêtés réglementaires. On distingue donc plusieurs types de règlement hiérarchisés entre eux.

- Au premier rang, donc, figurent les décrets. La compétence de principe revient au **Premier ministre**. L'article 21 de la Constitution l'investit du pouvoir réglementaire. On distingue trois sortes de décrets :

- **les décrets simples**, ordinairement signés par le Premier ministre, avec le contreseing des ministres qui ont la charge de son exécution ;

- **les décrets en Conseil des ministres**, qui sont signés par le Président de la République, avec le contreseing de tous les ministres. (Compétence exceptionnelle du Président de la République) ;

- **les décrets en Conseil d'Etat** pris par le gouvernement après avis obligatoire du Conseil d'Etat, mais sans que cet avis ne s'impose à lui.

- Hiérarchiquement subordonnées au décret, au second rang figurent **les arrêtés**. On distingue les arrêtés selon leur auteur et ceux-ci se classent hiérarchiquement selon leur autorité. Au premier rang se trouvent les arrêtés *ministériels ou interministériels, ensuite les arrêtés préfectoraux et enfin les arrêtés municipaux*.

- Il faut ajouter à cette liste, **les circulaires** par lesquelles un ministre donne des instructions à des fonctionnaires pour le fonctionnement du service. En principe, ces circulaires n'ont pas de valeur réglementaire (Parfois, le Conseil d'Etat leur reconnaît, à certaines conditions, valeur réglementaire. Dans ce cas, la circulaire a la même valeur qu'un arrêté ministériel). Ce ne sont donc pas des lois au sens large.

## 2. Distinction quant à leur domaine

- Traditionnellement, la distinction entre le règlement et la loi était exclusivement fondée sur leur origine. Depuis la Constitution de 1958, ils se distinguent aussi par **un domaine distinct**

- L'article **34** de la Constitution définit, sous une forme énumérative et apparemment limitative le domaine d'intervention de la loi. D'une part, "**la loi fixe les règles** concernant" un certain nombre de matières, tels les libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, la procédure pénale, la détermination des crimes et délits et leurs sanctions, les impôts, les régimes électoraux, les nationalisations et les garanties fondamentales accordés aux fonctionnaires ; d'autre part "**la loi détermine les principes fondamentaux**" de certaines autres, tels la défense nationale, l'enseignement, la propriété, les obligations civiles et commerciales, le droit du travail et le droit syndical et de la sécurité sociale.

- L'article **37** de la Constitution détermine le domaine du règlement de façon plus simple. "**Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire**". Le pouvoir exécutif a un véritable pouvoir d'initiative, il peut prendre des **règlements autonomes**.

- La formule marque l'innovation de la Constitution de 1958 qui fut de donner au règlement compétence exclusive. La fonction du règlement n'est plus seulement de permettre l'exécution des lois en en déterminant les conditions de mise en oeuvre ; elle est aussi de régir toutes les matières pour lesquelles la loi n'est pas compétente.

- Le pouvoir exécutif peut aussi prendre des règlements pour l'exécution des lois, appelés **règlements d'application** ou d'exécution destinés à faciliter la mise en oeuvre de la loi. Cela peut être le cas dans les matières où la loi ne fixe que les règles générales et pour lesquelles le législateur confie la fixation des détails d'application au pouvoir réglementaire et dans les matières où il se contente de déterminer les principes fondamentaux.

- La Constitution a instauré *des procédures de sauvegarde de la répartition des compétences opérée entre les articles 34 et 37* de la Constitution.

- **Protection du domaine réglementaire contre les empiétements du pouvoir législatif** : Il s'agit surtout de garantir le domaine réglementaire contre les **empiétements** du législatif. Le Conseil constitutionnel est chargé, entre autres, de ce rôle. *Le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, 60 députés ou sénateurs (depuis une loi constitutionnelle du 29 oct. 1974)* peuvent saisir le Conseil constitutionnel si une loi leur paraît empiéter sur le domaine réglementaire. Cette saisine a lieu après l'adoption de la loi par les deux assemblées et avant sa **promulgation**. S'il estime que la loi n'est pas conforme à la Constitution, elle ne pourra pas être promulguée et restera donc inefficace.

- **Protection du pouvoir législatif contre l'empiétement réglementaire** : Il n'existe pas de procédure comparable contre l'empiétement éventuel du pouvoir réglementaire sur le pouvoir législatif. Cependant, **le Conseil d'Etat**, juridiction administrative pourrait, si elle était saisie sur ce point, exercer un contrôle de légalité et annuler le décret pris dans une matière où le pouvoir exécutif n'a pas compétence (règlement autonome) ou qui ne respecte pas la loi dont il doit faciliter l'exécution (règlement d'application). En revanche, le Conseil

Constitutionnel, devant lequel ne sont pas déférés les actes administratifs, ne pourrait avoir à sanctionner l'empiétement.

## **B - Autres textes spéciaux**

- On peut distinguer les textes d'origine interne des textes d'origine internationale.

### **1. Textes d'origine interne**

- **Décision de l'article 16 de la Constitution.** Le Président de la République peut prendre "toutes les mesures exigées par les circonstances" "lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu". De tels événements autorisent, en vertu de l'article 16 de la Constitution, une véritable concentration de tous les pouvoirs entre les mains du Chef de l'Etat qui peut prendre, sur simple décision, toutes mesures qu'il juge nécessaires. (Contrôle par le Conseil d'Etat si domaine réglementaire ; pas de contrôle si domaine législatif) (Dictature temporaire en période de nécessité : Hauriou et Gicquel)

- **Les lois référendaires.** Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement ou sur proposition des deux assemblées, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, accord de la communauté européenne ou ratification de traité qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions (art. 11 de la Constitution). Cette disposition a été utilisée à plusieurs reprises pour réviser la Constitution sans recourir à la procédure de l'article 89 de la Constitution. *Ces lois référendaires échappent au contrôle du Conseil constitutionnel.*

- **Les ordonnances de l'article 38** de la Constitution. Dans un souci d'efficacité et de rapidité, la Constitution a prévu la possibilité d'une **délégation** de pouvoir du législatif à l'exécutif. L'article 38 énonce, en effet, que "*le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre, par ordonnances, pendant un délai déterminé, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*" Cette délégation, interdite sous la IV<sup>e</sup> République mais néanmoins pratiquée, portait le nom de **décret-loi**. Ces ordonnances sont d'application immédiate, dès l'instant où elles sont prises régulièrement, c'est-à-dire après avis du Conseil d'Etat et délibération du Conseil des ministres, avec le contreseing du Premier ministre et des ministres concernés et la signature du Président de la République. Ces ordonnances sont de nature réglementaire et soumises au contrôle de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat. Si elles sont ratifiées expressement ou implicitement par le Parlement, elles prennent une valeur législative et ne peuvent plus être modifiées que par une loi.

### **2. Textes d'origine internationale**

- **Primauté du traité sur la norme interne.** L'article 55 de la Constitution dispose que "*les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*". Le traité se voit reconnaître une *place prééminente dans la définition de l'ordre juridique français*. **La condition de réciprocité** n'est pas examinée par les juridictions. Cette vérification relève de l'autorité du gouvernement. Le principe de supériorité du droit international ne s'applique qu'aux traités régulièrement conclus.

- On peut se poser **la question de savoir si le traité a une valeur ou non supérieure à la Constitution**. Cependant, il faut remarquer cette question ne peut pas, *a priori*, se poser en ces termes. En effet, la ratification d'un traité international suppose, s'il est contraire à la Constitution, une modification de celle-ci (ex. Traité de Maastricht). Il ne pourra, dès lors, être ratifié que s'il est conforme à celle-ci. A défaut, il ne peut d'intégrer dans la hiérarchie des normes françaises. Pour la première fois, dans une décision du 9 avril 1992 relative au traité sur l'Union européenne, le Conseil constitutionnel a soumis la ratification d'un traité à une révision constitutionnelle (votée par le Congrès le 25 juin 1992).

- Quant à **la supériorité du traité sur la loi interne**, le problème suppose que ces deux sources soient en compétition, c'est-à-dire qu'ils aient les mêmes destinataires. Or, si toute loi interne est applicable aux individus, il n'en va pas de même des traités internationaux. Certains n'imposent d'obligation qu'aux Etats (la Charte des Nations unies, par exemple, ne crée ni droit ni obligation aux simples particuliers). Quand un traité est source de

droits ou devoirs pour les ressortissants des Etats qui y sont parties, on dit qu'il est d'application directe. S'il ne l'est pas, le simple citoyen ne peut pas se prévaloir de ses dispositions (ex. la convention de New York sur les droits de l'enfant) et il est sans conséquence que celles-ci soient, théoriquement, supérieures à la loi interne : elles n'ont pas le même domaine d'application.

- Les Etats qui affirment, dans leur Constitution, le principe de supériorité du droit international, doivent veiller au respect de cette règle en droit interne. Il peut cependant arriver qu'une loi nationale se trouve en opposition avec une disposition internationale. Quelle va être l'attitude du juge dans une telle situation ?

- Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation refuse d'appliquer les lois françaises qui ne sont contraires au Traité ratifiés par la France. *Ce contrôle s'exerce que les lois soient antérieures ou postérieures au Traité*. La Cour de cassation l'a décidé, en premier, dans un arrêt célèbre sur l'application d'une loi nationale postérieure et contraire au traité de Rome. (Cass. Mixte, 24 mai 1975, D. 1975-497, concl. Touffait). Le pourvoi soutenait que les juges judiciaires ne pouvaient écarter l'application de la loi sans commettre un excès de pouvoir car il ne leur appartenait pas de contrôler la constitutionnalité des lois. Ce pourvoi fut cependant rejeté. Il faut bien apprécier la portée de cette jurisprudence : la Cour n'annule pas la disposition litigieuse -ce qui ne serait pas de sa compétence- mais la déclare seulement inapplicable en l'espèce. Le Conseil d'Etat a attendu 1989 pour adopter, avec une certaine réticence la même jurisprudence. (CE Nicolo, 20 oct. 1989, D.1990-135 et note Sabourin).

- Le Conseil Constitutionnel, de son côté, refuse de contrôler la compatibilité d'une loi interne à une norme internationale. La question s'est posée lors de la réforme opérée par la loi Veil, du 17 janvier 1975, sur l'interruption volontaire de grossesse. A l'appui d'un recours devant le Conseil constitutionnel, il avait été notamment soutenu que le texte contesté était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par la France en 1974 et dont l'art 2 dispose notamment que "le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi". Or, pour rejeter ce recours, le Conseil constitutionnel ne s'est pas reconnu le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux traités. (CCel 15 janv. 1975, D. 1975-529 et note Hamon sur l'IVG et la Convention européenne des droits de l'Homme).

- Récemment, par un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 2 juin 2000 (Bull. ass. plén. n°4), la Cour de cassation a précisé que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle. En l'espèce, la Cour de cassation a refusé d'accueillir le moyen tiré de la violation de la CEDH et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par une loi organique (donc à valeur constitutionnelle) relative à la Nouvelle-Calédonie.

- On peut citer, à titre d'exemples de traités ou accords internationaux, le **Pacte international des droits civils et politiques** adopté par l'Assemblée Générale des Nations unies le 16 déc. 1966 et auquel la France a adhéré le 4 nov. 1981 et la **Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales** adoptée à Rome le 4 novembre 1950 dont la Cour européenne des droits de l'Homme, siégeant à Strasbourg, assure le respect par les Etats membres ou encore la **Convention relative aux droits de l'enfant** signée à New York le 26 janvier 1989 et ratifiée par la France en application de la loi du 2 juillet 1990 (Mais la Cour de cassation estime qu'elle ne lie que les Etats et ne peut donc pas être directement invoquée par un particulier devant les juridictions judiciaires ; le Conseil d'Etat a une position plus nuancée).

#### - **Le droit communautaire.**

- Le droit communautaire occupe une place particulière dans la hiérarchie des normes. « A la différence des traités internationaux, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et s'impose à leurs juridictions » (CJCE Costa 15 juill. 1964). Est ainsi posé le principe fondamental de la primauté de l'ordre juridique communautaire à l'égard du droit interne des Etats membres. Ce droit est infraconstitutionnel mais supralégislatif.

- Les stipulations des Traités européens et les dispositions des textes émanant des organes de la Communauté sont constitutifs **de normes** qui, comme les règles de droit interne, ont vocation à s'appliquer directement aux particuliers et peuvent être invoqués par eux. Les simples particuliers peuvent se prévaloir et se voir opposer les règles communautaires, tant devant la Cour de Justice des Communautés, que devant les juridictions nationales des Etats membres. Cependant il faut distinguer entre les différentes normes qui n'ont pas toutes la même autorité :

- **Les recommandations et avis** émises par la Commission qui n'ont pas de force contraignante. Ils n'en sont pas moins des modes d'expression efficaces du droit communautaire ;

- **Les directives** qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre mais pas quant au contenu exact des mesures à prendre. Les instances nationales sont libres de la forme et des moyens à utiliser. Mais si l'Etat tarde à les transposer, le juge national est invité à interpréter le droit national à la lumière de la directive. De plus, l'Etat peut être condamné par les instances européennes. On peut les comparer à des "lois-cadres". (Directive qui ordonne aux Etats de modifier leur législation dans tel ou tel domaine dans un sens indiqué par la directive et avant telle date : objectif d'uniformisation du droit des membres de la Communauté). Le plus souvent, la directive est adressée à tous les Etats membres, ce qui contribue à faire d'elle un mode de législation indirecte. Cette technique répond à un désir de plus grande souplesse dans les relations entre normes communautaires et droits internes ;

- **Les règlements** sont directement applicables dans l'ordre juridique français. Semblable à une loi, dans l'ordre interne, le règlement a une portée générale. Ils sont applicables à des catégories de personnes envisagées abstraitement et dans leur ensemble. Le règlement est obligatoire dans son ensemble, cad non seulement quant aux objectifs visés que quant aux moyens pour les atteindre. Le règlement est applicable *dans* et non pas *par* les Etats membres. Les règlements internes contraires deviennent caducs et les règlements internes postérieurs sont illégaux (Contrôle par le Conseil d'Etat).

## II. - Force obligatoire de la loi

- La loi a force obligatoire pendant son existence, c'est-à-dire entre le moment sa naissance et celui de sa mort (A). Cette force de la loi n'est pas uniforme, elle est variable car susceptible de degrés (B).

### A - Naissance et mort de la loi

- La loi n'est pas applicable du seul fait qu'elle a été votée par le Parlement. Elle ne le devient qu'à partir du moment où elle entre en vigueur, ce qui marque sa naissance (1) et jusqu'à son abrogation, qui constitue son acte de mort (2).

#### 1. - L'entrée en vigueur de la loi

- Après avoir vu les conditions de l'entrée en vigueur (a), nous verrons sa date (b).

##### a. Conditions de l'entrée en vigueur

- L'entrée en vigueur de la loi suppose que soient remplies deux conditions : la **promulgation** et la **publication**. Ce n'est qu'à partir du moment où elles sont remplies que la loi acquiert force obligatoire.

- **La promulgation** : Pour les lois votées par le Parlement (et pas pour les règlements qui sont exécutoires par nature), il faut, pour qu'elles soient exécutoires, une décision du pouvoir exécutif. Cette décision appartient au **Président de la République** qui a seul pouvoir, en vertu de l'article 10 de la Constitution, de promulguer les lois. La promulgation des lois est un acte ordonnant l'exécution de la loi. Il donne cet ordre par **décret**, dit décret de promulgation. En plus de son rôle d'authentification de la loi, le décret de promulgation a pour fonction complémentaire de localisation de la loi dans le temps. C'est en effet la date de ce décret qui devient celle de la loi. Il doit promulguer la loi dans les **15** jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. (*s'il refuse la promulgation : soit le Parlement s'incline, soit il maintient sa décision et le Parlement peut être dissous*). Pour les décrets, il n'est pas nécessaire de procéder à cette promulgation. Ils sont exécutoires par nature puisqu'ils émanent du pouvoir exécutif.

- **La publication** : (lire l'article premier du Code civil) Les lois et les règlements doivent être publiés. La nécessité de cette publication est évidente. Vouée à régir le comportement des citoyens, la règle de droit doit être **connue** par ceux-ci. A partir de cette publication, "**Nul n'est censé ignorer la loi**". C'est cette fin que poursuit directement l'exigence d'une publication des lois et règlements. Cette publication est faite au **Journal Officiel de la République française**. L'exigence est absolue pour les lois et décrets et pour les traités dûment ratifiés. Elle est tempérée pour les arrêtés par l'admission d'autres voies de publicité jugées équivalentes.

##### b. Date de l'entrée en vigueur

- A **Paris**, la loi n'entrera en vigueur, en principe, qu'après un délai d'un jour **franc** (entier) à compter de sa parution au J.O. En **province**, l'entrée en vigueur aura lieu un jour franc après la réception du JO à la préfecture. **Un jour franc est un jour entier de 0h à minuit.** (*le jour de publication et de réception en comptent donc pas*)  
*Exemple : Loi votée le 4 octobre et promulguée le 5 octobre. Elle est publiée au J.O. le 6 et le J.O. est reçu dans les Préfectures le 7 au matin.*

*La loi entre en vigueur à Paris le 8 octobre à 0h (le 7, jour entier et franc) et en Province le 9 octobre à 0h (le 8 est un jour entier franc).*

- Mais, dans beaucoup de cas, l'entrée en vigueur est retardée :

- **soit par la volonté même du législateur**, car il s'agit, par exemple d'une texte complexe qui exige une étude approfondie de la part des principaux intéressés et, en particulier, des praticiens qui auront la charge de l'appliquer (ex. loi en matière bancaire). Le texte de loi précise alors lui-même la date de son entrée en vigueur ;  
- **soit que l'entrée en vigueur de la loi est subordonnée à la publication d'un décret d'application.** Brute la loi n'est pas susceptible d'applications pratiques.

Il est aussi prévu une procédure d'urgence pour accélérer l'entrée en vigueur de la loi. C'est une ordonnance du 18 janvier 1817 qui organise une procédure d'urgence pour la publication des lois et ordonnances dont il est "convenable de hâter l'exécution". On procède ainsi pour les décrets de mobilisation, en temps de guerre, pour éviter que l'on profite du délai de publication de la loi pour se soustraire aux dispositions impératives ou bien en matière fiscale pour éviter que certains ne profitent du délai de publication pour échapper aux nouvelles dispositions.

## 2. L'abrogation de la loi

- Sans prétendre à l'éternité, la loi, comme le règlement est normalement faite pour durer. On rencontre cependant parfois des dispositions à caractère **temporaire**. Relativement fréquentes dans le cadre des **lois de finance**, -lois annuelles- qui peuvent comporter des dispositions applicables à la seule année considérée. Cette pratique est infiniment plus rare en dehors de ce cas particulier.

- Dans tous les autres cas, où aucun terme n'a été assigné à la loi, celle-ci ne cessera de s'appliquer que lorsqu'elle aura été **abrogée**, c'est-à-dire lorsque ses dispositions auront été supprimées. Logiquement, cette abrogation ne peut être décidée que par l'autorité qui a été compétente pour la créer. On distingue trois types d'abrogation :

- **L'abrogation expresse** : lorsque le texte nouveau précise formellement l'abrogation du texte antérieure et, le cas échéant, l'étendue de cette abrogation ;

- **L'abrogation tacite ou implicite** : lorsque le texte nouveau ne comportant aucune formule d'abrogation apparaît néanmoins inconciliable avec un texte ancien. Il est nécessaire qu'il y ait soit contradiction entre les deux textes soit impossibilité de les appliquer simultanément. (*attention, il peut s'agir d'une disposition spéciale, d'un domaine restreint, dérogeant à une règle générale*)

- **L'abrogation par désuétude** : Le problème de l'abrogation de la loi par désuétude est celui de **savoir si une coutume peut jouer un rôle contre la loi, si un usage a plus de force que la loi ?** La réponse à cette question est difficile car on peut faire valoir que la loi n'a **pas de prééminence** sur la coutume, que celle-ci émane directement de la **volonté populaire** ; mais on peut aussi faire valoir **les dangers de la coutume**, son **incertitude** et **l'impossibilité** qu'il en résulterait de faire, à tout instant, **le bilan des textes de droit positif**. La doctrine propose de donner une réponse différente selon que l'usage se heurte à une loi impérative ou une loi simplement supplétive :

- **si la loi est impérative**, une jurisprudence décide, à juste titre, que l'usage ne peut écarter cette loi. Il n'y a donc pas d'abrogation par désuétude d'une loi impérative : "**l'usage ne saurait prévaloir sur une disposition légale présentant un caractère d'ordre public**" (Civ. Ire, 19 nov. 1957, GP 1958-1-117)

- **si la loi est simplement supplétive**, cela signifie que celle-ci est seulement interprétative de volonté. Aussi, **quand un usage constant s'est instauré contre cette loi, quand les clauses expressément adoptées par les parties sont depuis longtemps et constamment contraires à la règle légale**, certains auteurs supposent que la loi est alors abrogée par désuétude. Mais la doctrine est divisée sur cette question qui ne connaît pas de réponse jurisprudentielle précise.

## B - Force variable de la loi

- La loi acquiert après sa publication **force obligatoire** : elle s'impose à tous et nul n'est censé ignorer la loi. Cependant l'autorité de la loi n'est pas uniforme : elle est susceptible de degré. Certaines lois sont plus "obligatoires" que d'autres ou du moins, elles ne sont pas obligatoires de la même manière. Il faut, en effet distinguer les lois impératives des lois supplétives de volonté.

- **Les lois impératives sont celles qui ordonnent, défendent** : l'individu est tenu de s'y soumettre. Il ne peut y échapper, il ne peut les écarter. ex. il est interdit pour un médecin de recevoir des dons de la part de son patient, toute personne qui perçoit des revenus salariés doit déclarer ses revenus au Trésor public, toute personne qui se marie doit remplir les conditions posées par la loi, etc... Toute loi qui ordonne ou défend est une loi impérative. Aucune disposition conventionnelle ne peut en écarter l'application. Toute clause contraire serait réputée non écrite : lire l'article 6 du Code civil. Le domaine des lois impératives a tendance à se multiplier : il dépend de la portée de la notion d'ordre public.

- **Les lois supplétives, au contraire, ne s'imposent aux individus que s'ils n'en pas écarté l'application**, que s'ils ne sont pas placés dans une situation telle que la loi ne les atteignent pas. Les lois supplétives sont sans doute les plus nombreuses en matière contractuelle dans le Code civil mais on en trouve aussi en droit de famille, matière relevant pourtant plus fortement de l'ordre public. Ainsi par ex. : les époux qui se sont mariés sans faire de contrat de mariage se voit appliquer le régime matrimonial de communauté réduite aux acquêts. Il s'agit d'une loi supplétive car ils auraient pu l'écarter en choisissant un autre régime : séparation de biens, communauté universelle, etc... ; Pour celui qui n'a pas fait de testament, sa succession sera dévolue selon des lois supplétives de volonté. Il peut en écarter l'application et faire un testament par lequel il lègue ses biens aux personnes de son choix. La loi supplétive de volonté est une règle obligatoire, en ce sens seulement qu'elle s'impose aux parties qui ne l'ont préalablement écartée. Elle correspond, le plus souvent, à des usages, à une norme sociale, à l'équité, à ce qu'aurait vraisemblablement fait la personne si on le lui avait demandé. Ces lois sont le plus souvent destinée à suppléer une volonté non exprimée mais supposée des individus. (succession, contrat de mariage).

## § 2 : LA COUTUME

- Historiquement, les règles coutumières sont apparues avant la loi écrite. Dans l'**Ancien droit**, la coutume était la source essentielle du droit. Mais avec la Révolution, il y eut un véritable **culte de la loi** et la coutume a tendu à disparaître sous l'effet de la centralisation politique, administrative et judiciaire. Aujourd'hui, la coutume a une importance mineure en tant que source du droit. La codification napoléonienne n'a laissé que peu de place à la coutume. Elle conserve, néanmoins, une certaine importance dans le **droit des affaires** et est capitale en **droit du commerce international** (*lex mercatoria*). Après avoir précisé la notion de coutume (I), nous étudierons quelle est sa fonction (II).

### I. - Notion de coutume

- La coutume apparaît comme **une pratique de la vie juridique qui présente un caractère habituel et qui, de ce fait, tend à se poser en règle de droit**. La coutume suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément psychologique.

- **L'élément matériel**. Les critères classiques sont : *usage ancien, constant, notoire et général*.

L'usage doit être **ancien**, c'est-à-dire résulter d'un assez grand nombre d'actes semblables (plus vrai aujourd'hui dans le domaine des affaires); **constant**, ce qui signifie que les comportements doivent avoir été relativement semblables ; **notoire**, c'est-à-dire connu du groupe de personnes concernés et **général**, c'est-à-dire s'appliquer à l'ensemble du groupe de personnes. L'usage doit être un comportement suivi de manière habituelle.

- **L'élément psychologique** : Il y a une véritable **conviction** du groupe d'agir en vertu d'une règle obligatoire. L'usage est perçu comme un comportement obligatoire par l'**opinion commune**. Il est perçu comme étant une règle de droit et devient ainsi règle de droit. La coutume émane **directement du peuple** sans passer par ses représentants.

- La coutume s'oppose à la loi par sa **formation lente et non délibérée**. Cette création lente a pour avantage **d'adapter** parfaitement la règle de droit aux idées morales, aux besoins économiques et sociaux du groupe. De plus, la coutume n'est **pas figée** comme une loi, elle **évolue** en fonction des besoins et des moeurs du groupe (ce

qui explique sa vivacité en droit des affaires). Par contre, la coutume a l'inconvénient de générer une **règle imprécise, mal connue, difficile à saisir** dans son étendue en raison de sa perpétuelle évolution et de sa **non rédaction**. Rédiger les coutumes ne les figent pas, elle continuent à évoluer, elles ne deviennent pas des lois car elles ont une origine populaire.

- L'incertitude quant au contenu de la coutume suscite des problèmes de **preuve** devant le juge. Il faut distinguer entre coutume générale et coutume strictement locale. S'il s'agit d'une coutume générale, telle les maximes coutumières ou les usages commerciaux d'une portée générale, le juge doit la connaître et l'appliquer. Le requérant n'a pas à apporter la preuve de l'existence de la règle coutumière et le juge doit l'appliquer d'office. Par contre, s'il s'agit d'un usage local ou professionnel, le juge peut les ignorer. Dans ce cas, **celui qui entend en bénéficier, devra apporter la preuve de l'existence de la coutume**. Cette preuve se fait par tous les moyens propres à emporter la conviction du juge : témoignages, expertise ou encore **parère** (certificat délivré par les Chambres de commerce attestant la réalité de tel usage professionnel). Le juge apprécie souverainement l'existence de la coutume. Il est de **principe que la violation d'un usage ne peut donner lieu à cassation**, sauf lorsque le législateur a expressément incorporé l'usage dans la loi, ou s'il s'agit de coutumes à portée générale. Ce non contrôle s'explique par le rôle unificateur de la Cour de cassation et par la **multitude** des usages qui provoquerait de nombreux problèmes pratiques pour la Cour de cassation

## II. - Fonction de la coutume

- La fonction principale de la coutume est d'adapter parfaitement le droit à la conviction sociale, ce qui permet une meilleure effectivité du droit, et surtout d'adapter rapidement et spontanément le droit aux besoins économiques et sociaux d'un groupe déterminé (profession, commerce).

- On peut relever trois hypothèses différentes d'application de la coutume : celle où la loi renvoie expressément à la coutume (**coutume secundum legem**), celle où la coutume vise à combler une lacune de la loi (**coutume praeter legem**), celle où la coutume est contraire à la loi (**coutume contra legem**).

Ex. : La coutume qui permet à la femme mariée de porter le **nom de son mari** implicitement consacrée en 1893 (art. 299 anc. C. civ.) ou encore celle, inscrite dans aucun texte selon laquelle l'enfant légitime porte le nom de son père (*praeter*)

Ex. : **L'article 671** du Code civil qui dispose qu'il convient de se référer aux usages pour déterminer à quelle distance de la ligne séparatrice des deux fonds peuvent être établies des **plantations**, et qui ne fixe lui-même cette distance que pour les cas où il n'existerait ni usage, ni règlement particulier; (*secundum*)

Ex. : **L'article 1135** du Code civil dispose que les **conventions** obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'**usage** ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. (*secundum*)

Ex. : La **solidarité de principe est admise en droit commercial** alors que l'article **1202** affirme que, sauf exceptions légales, la solidarité ne se présume pas et doit être expressément stipulée. (idem pour l'article **1145** qui oblige à mettre en demeure le débiteur inapplicable en matière commerciale) (*contra*)

La coutume est souvent particulière à un groupement professionnel, voire à une seule profession. Elle n'est parfois que locale, régionale, etc...

- Il existe aussi des **adages coutumiers**, ou **maximes** qui ont été consacrés par la Jurisprudence, même si elle leur assigne un domaine souvent plus restreint qu'il n'était à l'origine

«*Accessorium sequitur principale*» : L'accessoire suit le principal

«*Affectio societatis*» : Intention de s'associer

«*Actor incumbit probatio*» : La preuve incombe au demandeur

«*Infans conceptus pro natur habetur quoties de commodis ejus agitur*» : L'enfant conçu est considéré comme né quand son intérêt est en cause.

«*Nulla poena sine lege*» : pas de peine sans loi

«*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*» : Est présumé père le mari de la mère

«*Ad nutum*» : A son gré

"*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude)

"*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*" (Lorsque les parties sont d'une égale turpitude, toute répétition est exclue)

"*Nemo censetur ignorare legem*" (nul n'est censé ignorer la loi)

"*Error communis facit jus*" (L'erreur commune fait le droit)

- Ces adages, inscrits nulle part, sont reconnus par la jurisprudence et ont valeur de droit. On ne peut pas dire qu'il s'agisse de règle jurisprudentielle, car, à l'origine, elles n'étaient que coutumières.

## **Section II : LES SOURCES D'INTERPRETATION DU DROIT**

- Le voudrait-il, **le législateur ne pourrait pas prévoir toutes les situations**, toutes les difficultés susceptibles de naître de l'application des textes qu'il édicte.

- L'effort considérable des rédacteurs du **Code civil allemand (1900)**, qui ont prétendu faire oeuvre **scientifique** (en ce sens qu'ils ont tenté de dresser un inventaire détaillé de toutes les solutions envisageables), fut une faillite. Ceci servit d'avertissement aux rédacteurs des autres codes européens.

- Il est clair que **les rédacteurs du Code civil français** n'ont entendu **ne donner que des cadres**, ne poser que **des principes généraux**. L'interprétation de la loi s'avère alors souvent nécessaire.

- **L'interprétation de la coutume** est encore **plus nécessaire** que celle de la loi, en raison de l'imprécision et de l'incertitude des règles créées par l'usage.

- Lorsque le juriste se contente d'appliquer purement et simplement une règle claire à une situation envisagée par le législateur, il est évident qu'il ne joue aucun rôle créateur.

- Mais ce rôle commence dès lors qu'il s'agit d'adapter le texte **à un cas concret non prévu** ; plus encore lorsqu'il faut donner **d'un texte imprécis ou incomplet, une interprétation claire ou plus étendue**. Ce rôle d'interprétation revient à la **jurisprudence** et à la **doctrine**. Cette interprétation est parfois créatrice de droit. **La jurisprudence (§ 1) et la doctrine (§ 2)** sont donc des sources indirectes de droit.

### **§ 1 : LA JURISPRUDENCE**

- Le mot "**Jurisprudence**" a **deux** sens. Pris dans un sens large, il désigne "**l'ensemble des décisions rendues par les juges**" ; pris dans un sens étroit, il correspond au phénomène créateur de droit, c'est-à-dire, "**l'interprétation d'une règle de droit définie, telle qu'elle est admise par les juges**".

- Le pouvoir judiciaire a pour mission **d'appliquer la loi**. Mais, la loi n'a pas toujours précisément prévu le cas soumis au juge. Soit parce qu'il n'y avait **pas pensé**, soit parce qu'il s'agit d'un **problème nouveau** que personne n'avait envisagé. On peut alors estimer que le juge a pour **rôle de faire évoluer le droit** résultant d'un texte écrit, figé. **De plus, le contenu de la loi n'est pas toujours clair**. Donc, dans le cas, le juge doit **interpréter** la loi. Pour interpréter la loi, le juge va recourir à une méthode d'interprétation. Nous verrons dans un premier temps, en quoi consistent ces méthodes (I) avant de voir dans un deuxième temps, le produit de cette interprétation (II).

### **I. - LES METHODES D'INTERPRETATION**

Pour remplir leur mission, la jurisprudence et même la doctrine ont besoin d'une méthode d'interprétation. Néanmoins, il convient de préciser immédiatement le domaine de cette interprétation : celle-ci doit être nécessaire. Si le texte est clair, il ne doit pas être interpréter : *Interpretatio cessat in claris* (l'interprétation cesse lorsqu'un texte est clair). Remarquons cependant que pour pouvoir affirmer qu'un texte est clair, il faut l'analyser et donc l'interpréter.

Cette méthode n'a aucune valeur scientifique. Il n'existe d'ailleurs pas une méthode mais des méthodes, sans qu'on puisse dire nécessairement laquelle a préséance sur l'autre. Il existe en effet une méthode classique, la méthode exégétique (A) et des méthodes plus modernes (B). Il existe aussi certains procédés techniques d'interprétation (C).

#### **A - LA METHODE EXEGETIQUE**

La méthode exégétique a été en honneur dans la doctrine et la jurisprudence au lendemain du Code civil et pendant la plus grande partie du 19e siècle. Cette méthode repose sur le culte de la loi. Il s'agit d'interpréter le

texte en se demandant quelle a été la volonté du législateur. Cette méthode d'interprétation repose sur un attachement au texte. Cette méthode s'est naturellement imposée aux interprètes des textes du nouveau Code civil. Après la codification, il était normal de considérer que celui-ci avait eu vocation à tout prévoir et qu'une interprétation logique et grammaticale était de nature à résoudre toutes les difficultés. Il faut aussi tenir compte de l'influence de la Révolution française qui voyait dans la loi, l'expression de la volonté générale.

Le premier rôle de l'exégète consistera à préciser le sens que le législateur a voulu attribuer au texte. Si le texte semble obscur ou incomplet, l'interprète trouvera son sens en recherchant quelle a été la volonté du législateur, si son attention avait été attirée sur le point qui fait difficulté. Cette analyse de la volonté du législateur donne à la méthode un caractère psychologique.

L'interprète devra se référer d'abord aux travaux préparatoires pour déceler la volonté du législateur. Il y trouvera l'exposé des motifs de la loi, les rapports, les débats parlementaires. S'il n'est pas possible de dégager une volonté claire des travaux préparatoires, l'interprète essaiera de la dégager autrement. Pour se faire, il examinera :

- le dernier état du droit antérieur car si le législateur ne les a pas expressément contredites, c'est sans doute parce qu'il n'a pas voulu en modifier les solutions ;
- l'ensemble de la loi dans son esprit général car le législateur a dû vouloir rester cohérent ;
- de l'appréciation des conséquences auxquelles conduirait chacune des interprétations en conflit car le législateur n'a pas voulu des conséquences absurdes ou socialement inadmissibles ;

La méthode exégétique a ses limites :

- spécialement lorsque le texte est ancien. Il est inutile de rechercher la volonté du législateur lorsqu'il est acquis que le problème posé est nouveau et n'a pu être envisagé par le législateur ;
- même si le texte est récent, le législateur ne prend pas toujours grand soin à la rédaction des lois et n'envisagent pas toujours toutes les difficultés juridiques que son texte ne manquera pas de susciter (ex. Pacs : en particulier la question de la solidarité des dettes ménagères : exception de l'art. 220 à appliquer par analogie ?) ;
- de plus, le législateur est une entité abstraite et non une personne unique : il est difficile de déceler la volonté des députés et des sénateurs : il y a rarement une volonté uniforme, le texte est souvent le résultat d'un compromis.

## **B - LES METHODES MODERNES**

Divers systèmes plus modernes ont été proposés :

**1) La méthode téléologique** (par les finalités du texte) repose sur la recherche de la finalité de la règle ou de son but social. Il faut rechercher quelle a été la finalité ou le but social recherché par le législateur. Cette méthode conduit, en cas de conflit entre la lettre et l'esprit d'une règle, à faire prévaloir l'esprit sur la lettre au motif qu'il se faut se tenir à lecture rigide des mots.

**2) La méthode historique ou évolutive** consiste à reconnaître à l'interprète le droit d'adapter le texte aux nécessités sociales de son époque. Il doit rechercher ce que serait la pensée des auteurs de la loi s'ils devaient légiférer aujourd'hui. Quel serait aujourd'hui l'intention du législateur s'il devait légiférer sur un problème actuellement résolu par un texte de 1804 ? cette méthode conduit à donner au même texte des sens variable suivant les moments de son application.

**3) La méthode de la libre recherche scientifique** a été proposée par le doyen **Gény** en réaction par rapport à la méthode exégétique appliquée aux textes du Code civil, déjà anciens. Cette méthode par du constat que les autres méthodes rationnelles ont leurs limites : à partir d'un certain point, il faut reconnaître qu'il n'y a plus de loi, le législateur n'ayant manifestement pas résolu le problème. Rien ne sert alors de solliciter les textes. On passe alors de l'interprétation à la libre recherche scientifique. L'interprète, cad le juge, doit élaborer une solution, comme s'il avait à faire oeuvre de législateur, en s'aidant de toutes les données historiques, utilitaires, rationnelles, sentimentales, sociales. Pour Gény, l'interprétation du droit est fonction des besoins de la société et non attachée trop rigoureusement à la lettre de la loi. Dans son ouvrage « Méthode d'interprétation du droit » publié en 1899, il écrivait « le droit doit rester chose vivante », cad « lutter en vue d'une parfaite et constante adaptations aux exigences de la vie sociale ». Dans la préface de cet ouvrage, Saleilles allait dans ce sens : « le droit est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; cad qui doit d'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les desiderata qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques ».

## C - LES PROCÉDES TECHNIQUES D'INTERPRÉTATION

### 1) Les procédés logiques d'interprétation

Le juge peut utiliser une **technique rationnelle** par des arguments logiques en adoptant un raisonnement par analogie, un raisonnement *a fortiori* ou un raisonnement *a contrario*.

- Le raisonnement **par analogie**, ou raisonnement *a pari*, "consiste à étendre à un cas non prévu, la solution admise pour un cas voisin, parce qu'il y a, dans les deux hypothèses, les mêmes raisons d'adopter cette solution". Elle repose sur une similitude de raison d'être entre la règle existante et la solution à introduire (*ratio legis*). De ce que la loi a statué pour une situation, on déduit qu'elle est applicable aux situations semblables. Par exemple, de ce que l'annulation du mariage ressemble au divorce, on en conclue par analogie que l'article 270 écrit pour le divorce, peut être appliqué à l'annulation du mariage. C'est une méthode déductive.

- Le raisonnement *a fortiori* conduit à appliquer la solution que la loi impose dans un cas, qu'elle envisage expressément, à un autre qu'elle ne mentionne pas, parce que pour ce dernier, les motifs de la solution sont encore plus évidents. C'est l'idée : qui peut le plus, peut le moins. (*ex. si on est responsable de la commission d'une faute, la plus légère, on est responsable a fortiori lorsqu'on a commis une faute lourde*).

- Le raisonnement *a contrario* est celui qui conduit à adopter une règle inverse de celle qui est expressément édictée lorsque les conditions posées par celle-ci ne sont pas remplies. Lorsqu'un texte dit un chose, il est censé en nier le contraire. Ainsi par exemple, l'article 6 dispose que l'on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois d'ordre public. On en déduit qu'on peut déroger par des conventions particulières aux lois qui ne sont pas d'ordre public, cad celles qui sont simplement supplétives. Lire l'article 322 ali 2 : «*Et nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance*». La JP en a déduit une règle par application de la méthode *a contrario* : «*En l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation de la paternité comme de la maternité est recevable* » (Civ. 1<sup>er</sup>, 27 fév. 1985, Bull. civ. I n°76).

### 2) Les maximes d'interprétation

On peut citer 4 maximes d'interprétation :

#### 1. Les exceptions sont d'interprétation strictes (*exceptio est strictissimae interpretationis*)

La maxime signifie que les exceptions admises par la loi doivent être renfermées dans leurs termes littéraux. Cette règle est appliquée avec une rigueur toute particulière en droit pénal. Elle signifie aussi que l'interprète n'a pas le pouvoir d'admettre des exceptions sans texte.

2. **Il est défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas** (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) Cette maxime signifie que l'interprète n'a pas le pouvoir de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux.

3. **Les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales** (*specialia generalibus derogant*). Lorsque deux règles différentes sont susceptibles d'être appliquées à un même cas et que l'une est générale et l'autre spéciale, la règle spéciale devra être appliquée. La règle spéciale apparaît alors comme étant une exception à la règle générale.

4. **La loi cesse là où cessent les motifs** (*cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*) Cette maxime signifie que la loi ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant incluses dans sa lettre, se trouvent exclues de son esprit. C'est en application de cette maxime qu'on a autorisé la rédaction en un seul exemplaire, le contrat synallagmatique si l'original est remis à un tiers (aucune crainte à avoir que celui des cocontractants qui a l'original abuse de sa force).

## II. - LE PRODUIT DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT

L'ensemble des juridictions produit un **nombre considérable de décisions** qui expriment, au cas par cas, l'interprétation de la règle de droit. Petit à petit, la règle de droit va se dégager.

On appelle alors jurisprudence, **l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du droit (jurisprudence civile, fiscale), soit dans l'ensemble du Droit**" (Vocabulaire juridique, Association H. Capitant). On parlera alors d'*une jurisprudence* en désignant le sens donné par les juges à propos d'une règle de droit déterminée, **"la façon dont telle ou telle difficulté juridique est habituellement tranchée par les juridictions"** (E.L. Bach).

Or, la jurisprudence est le produit d'un paradoxe. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs se traduit, en premier lieu, par une interdiction faite aux juges de s'ériger en législateur. Ils sont soumis à la loi et doivent se contenter de l'appliquer.

Les articles et 5 sont la traduction de ces deux impératifs : l'interdiction d'édicter des arrêts de règlement, cad de créer la loi (A) et l'obligation d'appliquer la loi (B). Pourtant, l'application combinée de ces deux obligations n'est pas susciter un certain paradoxe à partir duquel, force est de reconnaître que le juge est nécessairement un « législateur supplétif et exceptionnel » (C). Nous ne pouvons que le constater au travers de quelques exemples jurisprudentiels (D).

## **A - L'interdiction de créer la loi**

L'article 5 du Code civil dispose, **"il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises"**. Cela signifie que le juge ne peut décréter la loi, créer le droit. Il doit se contenter d'**appliquer la loi** issue du pouvoir législatif.

Cette disposition a une explication historique. En effet, à la fin de l'ancien droit, les **Parlements**, émanation du Roi qui rendait **la Justice au nom du Roi**, s'étaient peu à peu arrogé le pouvoir législatif. Ils rendaient des **arrêts de règlement** qui avaient force de loi dans leur ressort, au titre **du précédent obligatoire**. Certes le Parlement qui procédait ainsi, ne statuait que pour son ressort, et avec cette réserve qu'il lui était interdit de modifier le droit existant, mais il agissait en fait en véritable législateur. Il posait une règle de droit applicable dans l'avenir dans tel cas déterminé.

Les révolutionnaires avaient alors peur que le pouvoir judiciaire ne fasse obstacle aux réformes législatives, comme ce fut le cas pour les Parlements qui s'opposèrent maintes fois aux réformes législatives royales. Aussi, les révolutionnaires, on le sait, fortement imprégnés des idées de **Montesquieu** qui prônait une **séparation des pouvoirs**, notamment législatif et judiciaire, interdirent-ils au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans les domaines législatifs et exécutifs. Ce principe fondamental est d'ailleurs formellement inscrit dans la loi des 16 et 24 août 1790 : « les tribunaux ne peuvent prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture ». L'article 5 du Code civil est la traduction de ce principe. De même, jusqu'à une époque récente, l'article 127 de l'ancien code pénal ajoutait « seront coupables de forfaiture et punis de dégradation civique les juges qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif ». Pour être certain que la pratique des règlements ne réapparaîtrait pas, la Constituante en 1790 avait mis en place le système du « référé législatif » : si le texte était obscur ou incomplet, le juge devait en référer au législateur afin que celui-ci édicte une loi interprétative ou nouvelle. Ce système n'a évidemment pas résister à l'épreuve de la pratique.

Aussi, le juge ne peut que **trancher le litige** qui lui est soumis et **ne peut proclamer une règle générale**. Le principe est rappelé dans l'article 1351 du Code civil, qui limite l'autorité des jugements : **"L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement"**. Cela signifie que l'autorité de la décision ne s'attache qu'au **dispositif** de la décision, par lequel le juge constate, ordonne ou condamne et non aux **motivations** du juge par lesquelles il relate son raisonnement juridique et donne son interprétation de la règle de droit. Cela signifie également que la décision a un **effet relatif** : elle ne lie que les parties entre lesquelles elle intervient.

Ainsi est prohibée une disposition réglementaire consistant à interdire à une société d'édition toute publicité non seulement d'un produit pharmaceutique faisant l'objet du litige, mais également de tous les produits fabriqués et mis en vente par l'un quelconque des membres de la Chambre syndicale des fabricants de produits pharmaceutiques (Com., 13 janv. 1971, J.C.P. 1971-II-16932, note Hauser) ou à édicter un règlement de

procédure relatif au recouvrement simplifié de petites créances commerciales (Civ. Ire, 22 oct. 1957, J.C.P. 1957-II-10278)

## **B - L'obligation d'appliquer la loi**

Cependant, l'article 4 du Code civil dispose, "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Le déni de justice est réprimé par le nouveau code pénal (art. 434-7-1)

L'exécution des lois n'est plus subordonnée à leur enregistrement par les Parlements. Désormais « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la **promulgation** qui en ait faite par le Président de la République » (art. 1 du Code civil).

**Les juges ne peuvent donc pas s'opposer à l'application des lois.** Même si le texte ne leur paraît pas opportun, équitable, ils sont dans l'obligation de l'appliquer. Le rôle du juge est d'appliquer la loi. Un arrêt de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette règle à propos d'un texte sur les baux commerciaux. L'arrêt de la Chambre commerciale du 30 mai 1967 (D. 1967-566) a annulé l'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé d'appliquer ce texte après l'avoir vivement critiqué : «Attendu, dit la Cour de cassation, que de telles énonciations comportent une critique de ce texte que le juge avait seulement la charge d'appliquer ; que la décision paraît donc encourir la censure de la Cour de cassation dans la mesure où elle porte atteinte à la séparation des pouvoirs ».

Cela signifie également que lorsque le texte est **clair**, le juge **ne doit pas l'interpréter**, mais l'appliquer purement et simplement. Encore faut-il que ce texte de loi ne soit pas totalement **absurde** ! Ainsi, les tribunaux ont eu à interpréter un décret qui interdisait aux voyageurs de monter ou de descendre "lorsque le train est complètement arrêté". Le texte était clair mais le tribunal de la Seine a précisé : "attendu que toute recherche de volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur, ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certain ; **qu'il n'y aurait exception que si l'application du texte aboutissait à quelque absurdité**" (24 avril 1952, J.C.P. 1952-II-7108)

Il n'est donc pas possible au juge de se **retrancher derrière l'incertitude de la règle de droit**. Mais, dans cette hypothèse, le juge va examiner ce qui a pu être décidé par **les autres juges confrontés au même problème**. C'est ce phénomène qui va conduire le juge à devenir un législateur supplétif.

## **C - - Le juge, législateur supplétif ?**

Dans l'ancien droit, les arrêts des Parlements n'avaient pas à être motivés. Cette particularité a empêché la formation d'une jurisprudence consciente et cohérente. Les Parlements étaient d'ailleurs plus soucieux de leur rôle politique que juridique. *Paradoxalement, la Révolution, en imposant aux juges, pour la garantie des individuels de motiver leurs décisions, afin que pût être assurée le contrôle de la légalité, a forgé elle-même l'arme par laquelle les coups les plus durs ont été portés à l'esprit legaliste.* (J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, n°146)

En effet, le juge confronté à une règle de droit obscure, dont le sens est incertain, va se référer à la motivation des décisions de ses collègues, soutien du dispositif de celles-ci. Peu à peu, à force de décisions dans le même sens, une jurisprudence va se créer, **une règle va s'imposer en tant que norme juridique**. A partir du moment où le juge est obligé de statuer en droit et de **motiver sa décision**, il doit relater les étapes de son raisonnement. Dès lors, sa motivation peut être traduite en règle générale. Pour que la décision rendue ne prête pas à **généralisation**, le tribunal devrait débouter Pierre parce qu'il s'appelle Pierre et donner gain cause à Paul parce qu'il s'appelle Paul. Or, précisément, c'est ce qui lui est interdit plus que quoi que ce soit d'autre. Bref, il n'y a aucun moyen d'empêcher le juge d'être, selon l'expression du Doyen Ripert, "**le législateur des cas particulier**" et il n'y a aucune raison de ne pas adopter le même raisonnement si le même problème se présente. Il y a même toutes les raisons d'adopter la même motivation.

Plus personne ne conteste le rôle créateur de droit du juge. Il s'agit seulement de savoir si ce rôle doit effectivement se limiter « au cas particulier » ou s'il est encore **légitime** lorsqu'il consiste à **trancher des questions de société**. Ainsi, en matière de bioéthique, il est certain que dans beaucoup de pays, y compris la France, le pouvoir politique a manifesté une sorte de réticence à faire voter des lois dans ces domaines. Or, en

attendant, la Justice a du trancher ces problèmes dans l'attente de lois claires. Certes, le législateur ne s'estime pas toujours suffisamment informé et craint que sa législation ne devienne rapidement obsolète en raison des progrès très rapides de la science, mais est-il normal que renvoyer au juge le soin d'effectuer les grands choix de notre société.

Souvent, **le pouvoir politique se décharge sur le juge de questions pour lui embarrassantes, dont il renvoie perpétuellement l'examen.** Nous avons eu, en droit civil, en France, l'exemple la loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation qui ne fut adoptée que grâce au fameux arrêt provocateur Desmares de 1982. Certains auteurs se sont insurgés contre cette pratique qu'il qualifie « **d'arbitraire judiciaire** » (cf. P. Conte, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, J.C.P. 198-I-3343). Ainsi, justement à propos de l'arrêt Desmares, l'auteur ironise : « si l'on est d'avis qu'un comportement se juge en fonction de ses résultats (est juste ce que le succès couronne -l'opportunisme rejoignant l'opportunité-) qu'il nous soit permis de compatir au sort de ceux qui, au nom de cette jurisprudence, et pendant 5 longues années, ont été condamnés à la réparation intégrale des dommages causés par l'intermédiaire d'objets fort divers et pour lesquels la souscription d'une assurance n'était pas obligatoire, bref au sort des victimes de la jurisprudence Desmares, éventuellement endettés pour le restant de leurs jours -mais c'était, il est vrai, pour la bonne cause-. » (n°7)

L'auteur poursuit sur « l'arbitraire du juge » et ironise encore : « il nous revient alors en mémoire la phrase du Maître (Larguier) qui nous a enseigné que bien des difficultés juridiques irritantes seraient réglées de façon radicale, si l'on se décidait, une fois pour toutes, à ramener le Code civil (et les autres) à plus de simplicité -et de bon sens-, grâce à un unique article, ainsi rédigé : « **le juge fait ce qu'il veut** »... (n°12)

Pour revenir sur le rôle « législatif » du juge, il faut rappeler, qu'en droit français, les décisions n'ont qu'une **autorité relative** : la solution donnée ne vaut que pour l'espèce à propos de laquelle ils statuent ; le même tribunal pourrait, le lendemain, rendre une décision différente dans une affaire similaire. Le fait qu'une juridiction, si haut placée qu'elle soit, a tranché une question dans un certain sens n'oblige pas une autre juridiction à adopter la même solution. Il en est autrement dans les pays anglo-saxons où règne la valeur obligatoire du **précédent judiciaire**, les tribunaux étant liés par les décisions rendues dans des affaires semblables par les juridictions supérieures. Les anglais expliquent cette autorité particulière de la jurisprudence par une fiction : les juges de Sa gracieuse Majesté ne légifèrent pas : ils se bornent à relever et mettre en forme une prétendue coutume immémoriale qui existait à l'état latent dans les limbes de l'inconscient collectif : de sorte que la jurisprudence emprunte son autorité à la coutume.

La jurisprudence n'étant pas liée par sa motivation antérieure, le juge peut changer d'avis quant à l'interprétation d'une même règle. C'est ce qu'on appelle un **revirement de jurisprudence**. Il arrive à la Cour de cassation d'énoncer un principe radicalement différent de celui qu'elle avait énoncé jusqu'à présent sur le fondement du même texte (ex. : art. 1315 du Code civil et la charge de la preuve de l'information médicale). Cependant et heureusement, la jurisprudence est **assez stable** et les revirements sont rares. On désigne ainsi, "**le fait qu'après avoir admis tel principe de solution, les juges, à l'occasion d'un nouveau procès, décident de l'abandonner pour un principe nouveau et différent**". Les revirements de jurisprudence sont beaucoup plus rares que les modifications législatives ! Néanmoins ceux-ci s'avèrent utiles parce que la règle jurisprudentielle subit, comme la règle de loi, **l'usure du temps**. Aussi bien fixée soit-elle, l'interprétation jurisprudentielle peut, à tout moment, être renversée.

On s'est beaucoup interrogé sur le fondement de la force obligatoire de la jurisprudence. On a proposé une explication de type **sociologique** (Jestaz) : "Si la jurisprudence a force de règle, c'est peut-être parce que chacun s'accorde à la reconnaître pour telle et l'on retrouverait ici la même idée qui sert de fondement à la coutume. En dépit des prohibitions officielles, coutume et jurisprudence seraient des sources du droit **par un effet de consensus généralisé**". En effet, la communauté des juristes reconnaît la règle pour obligatoire en dépit de son origine : les professeurs l'enseignent comme tel et aucun avocat ne se donnerait le ridicule de plaider que la solution, parce que purement jurisprudentielle, n'a pas force de droit.

L'interprétation jurisprudentielle va être assimilée à la loi. La Cour de cassation va interpréter la loi et **cette interprétation fera corps avec elle** et aura la même force obligatoire. En effet, un pourvoi ne peut jamais être fondé sur la violation de la jurisprudence. Mais celle-ci n'en est pas moins protégée très efficacement par la Cour de cassation. En effet, "**elle l'est d'une manière indirecte, qui procède précisément de son incorporation à la loi ; les décisions qui la méconnaissent sont cassées pour violation de la loi, à travers l'interprétation qui en a été judiciairement donnée**" (P. Hébraud). Mais l'interprétation de la loi ajoute bien souvent à la loi, c'est alors que l'interprétation judiciaire est créatrice. Pourtant, cette solution n'est pas ouvertement reconnue et on continue à considérer que le texte dont l'interprétation est modifiée à l'occasion d'un revirement de

jurisprudence est censé avoir toujours le sens que lui donne à présent la Cour de cassation. Dès lors, cette situation présente des inconvénients car les revirements de jurisprudence ont nécessairement un effet rétroactif.

## § 2 : LA DOCTRINE

On appelle "**Doctrine**", l'ensemble des travaux écrits consacrés à l'étude du droit, et leurs auteurs. Nous verrons les modes d'expression de la doctrine (I), puis nous en envisagerons la fonction (II).

### I. - Les modes d'expression de la doctrine

- La doctrine ainsi entendue, recouvre des oeuvres les plus diverses qui sont élaborés principalement par des **universitaires**, notamment des professeurs de droit, mais aussi par des **praticiens**, des avocats, magistrats ou notaires. On peut distinguer trois types d'écrits :

- **Les ouvrages généraux** consacrés, en un ou plusieurs volumes, à une branche du droit (droit civil, droit commercial, droit pénal, etc...). Il existe des **répertoires** qui sont un exposé thématique de la matière avec une vision essentiellement pratique. Il y a également des **traités** qui font le point sur la matière par un exposé dogmatique et synthétique. Les **manuels et précis** sont construit sur la même base mais avec davantage de soucis pédagogiques et un effort de simplification.

- **Les ouvrages spécialisés** portant sur des thèmes limités. Ceux-ci sont des **thèses de doctorat** ou des **monographie** à finalité plus utilitaire, destinés essentiellement aux praticiens.

- **Les écrits ponctuels**, qui prennent la forme **d'articles**, d'études ou de chronique de quelques pages consacrés à un thème précis, le plus souvent d'actualité légale ou jurisprudentielle, ou de **note de jurisprudence**, commentant une décision de justice. (et les consultations)

### II. - Fonctions de la doctrine

- Philippe Jestaz nous dit, dans son ouvrage (Le droit, Connaissance du droit), que « pour mesurer le rôle de la doctrine, il suffit en guise d'expérience de *faire lire le Code civil à un non-juriste : c'est, à en croire le prédecesseur de Knock, un bon remède contre l'insomnie*. Le malheureux ne comprendra rien, -si ce n'est qu'il faut plusieurs années pour former un juriste ! Or, la doctrine joue précisément ce rôle de commenter chaque texte, en lui-même, en le confrontant avec la réalité sociale et surtout en le rapportant aux autres textes. La doctrine édifie un ensemble explicatif. » Il a donc un rôle pédagogique.

- Mais les juristes ne doivent pas se contenter d'étudier et de commenter la règle écrite. Ils ne peuvent se contenter d'en être l'interprète, d'étudier les institutions juridiques seulement *de lege lata* (ce qu'elles sont) mais aussi *de lege ferenda* (ce qu'elles devraient être). Ils doivent en rechercher les défauts. **Ils ont le devoir de montrer au législateur le défaut de la règle de droit** afin que celui-ci intervienne pour la modifier. **La doctrine est une force de proposition**. S'inspirant de l'histoire et du droit comparé, **le juriste doit proposer des règles meilleures**, plus adaptées aux besoins sociaux et économiques. En ce sens, la doctrine participe à la création de la règle de droit ou plus exactement à son **perfectionnement**. Le juriste a pour mission d'aider à la création de la règle de droit, telle qu'elle se rapproche le plus possible de **l'idéal de justice**.

- Le législateur est influencé par la doctrine. Le plus souvent, **les projets ou proposition de lois** sont rédigés avec la collaboration étroite de professeurs de droit et de praticiens. C'est ainsi que l'influence du Doyen Jean Carbonnier a été très importante dans le mouvement de rénovation du droit civil français qui s'est développé depuis les années 1960. **Les juges aussi**, se réfèrent aux travaux de la doctrine lorsqu'ils sont chargés d'appliquer une règle de droit au contenu obscur. Ils tiennent également compte des critiques adressées par la doctrine et convaincus, ils modifient parfois leur jurisprudence. Ainsi, Saleilles et Josserand ont exercé une influence majeure sur la formation de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses (art. 1384 al. 1er).

## Section III : L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE

- **Une juridiction est un organe crée par la loi qui a pour but de trancher des litiges en droit et dont la décision a une autorité qui s'impose aux parties au litige.** (Un arbitre n'est pas une juridiction)

- Le mot "juridiction" est un terme générique désignant toutes les institutions que nous allons étudier. Cependant aucune juridiction ne porte ce nom. Tantôt, elles se nomment "**tribunal**" et correspondent aux juridictions du premier degré tantôt "**cour**" et appartiennent, le plus souvent, au second degré. mais la règle n'est pas absolue (ex. : Tribunal des conflits est d'un degré élevé et quelques juridictions se nomment "conseil"). En principe, les tribunaux rendent des "**jugements**" et les cours des "**arrêts**". (Le Conseil Constitutionnel rend néanmoins des décisions).

- **L'ancien droit français** ne connaissait **qu'un seul ordre de juridiction**, chargé à la fois de trancher les procès des particuliers et de juger les infractions pénales. Tous les pouvoirs étaient concentrés en une seule main : le Roi. C'était l'absolutisme royal. La justice était « une justice retenue », en ce sens qu'elle était rendue certes par l'intermédiaire de magistrats mais au nom du Roi. La notion de d'une juridiction de droit public indépendante, apte à faire justice au particulier, victime de l'Etat, donc du Roi investi par Dieu, était impensable. Tout au plus pouvait-on en appeler à la grâce du Roi si l'on s'estimait lésé par une décision du souverain ou de son administration.

Cependant, cette concentration des pouvoirs dans les mains d'un seul homme expose le peuple à un fort risque de despotisme. Comme le relevait Montesquieu (L'esprit des lois, 1748), « *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir* ».

Montesquieu relève qu' « *il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil* », -cette dernière étant celle qui punit les crimes ou juge les différends entre les particuliers. C'est sur le fondement de cette distinction qu'a été élaborée la théorie de la séparation des pouvoirs.

Sur le plan constitutionnel, les différents pouvoirs doivent être confiés à des organes distincts. La fonction « juridictionnelle », cad celle de juger doit être confié à un organe distinct. Toutes ces idées furent reprises par la Révolution française et consacrées dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui pose en principe que « toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a pas de constitution ». Est alors apparu un véritable « pouvoir judiciaire », officiellement reconnu par les lois des 16 et 24 août 1790, à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Le pouvoir judiciaire est donc compétent pour juger les litiges entre particuliers et les crimes et délits. Néanmoins en vertu de cette théorie des pouvoirs séparés, le pouvoir judiciaire ne peut juger les actes du pouvoir exécutif.

- Mais avec la Révolution, il est apparu logique que tous citoyens puissent demander des comptes au gouvernement, émanation nationale. Néanmoins, **les révolutionnaires craignirent le pouvoir des Parlements**, qui s'étaient livrés à une véritable fronde contre le pouvoir royal. Le pouvoir judiciaire aurait pu entraver l'oeuvre politique et administrative révolutionnaire. Dès lors, des actes furent-ils pris pour préserver l'administration contre l'intrusion du pouvoir judiciaire. Aussi, un **décret du 22 décembre 1790** prévoit que les administrations "ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun pouvoir judiciaire" et **une loi des 16-24 août 1790** dispose "Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs" A partir de ces textes, **il était impossible aux tribunaux judiciaires de trancher les litiges entre particuliers et l'Administration**. Au départ, les recours devaient être formé devant l'Administration elle-même, instituée juge et partie. L'autorité juridictionnelle était le préfet, le ministre en appel. Ceux-ci étaient aidés par des conseils de préfecture ou le Conseil d'Etat. A partir de la **loi du 24 mai 1872**, le Conseil d'Etat devient un juge indépendant. Un nouvel ordre juridictionnel est né. Par un **arrêt Cadot du 13 décembre 1889**, le Conseil d'Etat se déclare **juge de droit commun du contentieux administratif**.

- A partir de cette date, notre pays connaît deux ordres de juridictions : **l'ordre judiciaire** (§1) et **l'ordre administratif** (§2). Cependant, comme pour toutes les classification juridiques, cette division n'est pas absolue : il existe **des juridictions extérieures aux deux ordres** (§3). Nous consacrerons un dernier paragraphe aux juridictions européennes dont les décisions s'imposent avec de plus en plus de force et d'effectivité (§4).

## § 1 : LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

### Avant d'examiner les différentes juridictions, quelques mots sur ceux qui les composent, les magistrats :

La magistrature est, depuis la monarchie, divisée en deux branches distinctes. Le terme "**magistrat**" désigne à la fois les **juges du siège** et les **membres du parquet** représentant le **ministère public**. Les magistrats du siège et

du parquet ne forment qu'un seul corps et sont recrutés et formés de la même manière mais ils ne sont pas soumis aux mêmes obligations et ne bénéficient pas des mêmes droits.

**Les magistrats du siège (magistrature assise)** ont pour fonction de **juger** ou d'**instruire** les procès. Il est indispensable que les magistrats du siège, qui composent les cours et les tribunaux, remplissent leurs fonctions **en toute indépendance**, et ne soient l'objet d'aucune pression. C'est la raison pour laquelle ce ne sont pas des fonctionnaires hiérarchisés, dépendants du Gouvernement. L'essentiel des droits qui leur sont reconnus visent à **garantir leur indépendance**, notamment en soustrayant **l'organisation de leur carrière aux aléas politiques et aux pressions de toute sorte**, et en la confiant à un organe indépendant, **le Conseil national de la magistrature** (mais indépendance suspectée car membre nommés en partie par le Président de la République). Cette formation est aussi compétente depuis une réforme opérée en 1993, à l'égard des magistrats du parquet. Elle fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège mais ne donne que des avis pour les nominations des magistrats du parquet. Le gouvernement ne peut pas donner des ordres aux magistrats ni quant à leur attitude générale, ni quant à leur attitude dans une affaire particulière.

- Les magistrats du **siège** sont **inamovibles**, ce qui signifie qu'ils ne peuvent recevoir, sans leur consentement, aucune affectation nouvelle, même en avancement. Ils ne sont pas destitués, suspendus ou déplacés à la discrétion du gouvernement. (art. 64 alinéa 4 de la Constitution).

- Les magistrats du **siège** sont **indépendants**. Ils statuent en toute indépendance et doivent faire preuve d'impartialité (art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

**Les magistrats du ministère public**, dits du Parquet (**la magistrature debout** : *ils doivent requérir debout*) sont présents en tant qu'**agents du pouvoir exécutif** auprès des tribunaux : ils **représentent l'Etat**, ils requièrent **l'application de la loi dans l'intérêt de la société**. Leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, notamment du Garde des Sceaux, est moins effective (une réflexion a été récemment engagée, à l'initiative du Président de la République, Jacques Chirac, sur l'indépendance du parquet à l'égard du pouvoir exécutif). En matière pénale, leur rôle est considérable. Le Ministère public a le **monopole de l'exercice et de l'opportunité des poursuites**, il est la **partie principale** opposé au délinquant : il joue le rôle d'**accusateur**. En matière **civile**, son rôle est plus modeste. Il est souvent seulement partie jointe et expose son opinion. Il n'a pas, en principe, l'initiative de l'action en justice. Néanmoins, son rôle est important en matière d'**état des personnes** (nationalité, nullité du mariage) ou de "**faillites**" des sociétés. Il peut toujours intervenir librement au procès civil, à chaque fois que les faits portent atteinte à l'ordre public (art. 423 NCPC). Ils communiquent au tribunal par voie de **conclusions écrites**. **Les conclusions** du ministère public sont toujours très précieuses car ce magistrat formule **en toute liberté** son avis sur les points de droit délicats. Des conclusions sont parfois à l'origine de revirement de jurisprudence, elles sont parfois publiées. Les magistrats du ministère public sont **hiérarchisés** ; ils doivent obéir aux ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs, notamment par le ministre de la Justice. Les membres du Ministère public, du fait de sa spécificité, se trouvent **subordonnés au Garde des Sceaux**, ministre de la Justice, et doivent **obéir à l'autorité hiérarchique**, sous peine de sanctions disciplinaires. Néanmoins, cette subordination est tempérée par un principe : "**si la plume est serbe, la parole est libre**", ce qui signifie que si le membre du parquet est tenu de **requérir par écrit** conformément aux instructions qu'il a reçu de ses supérieurs hiérarchiques, à l'audience, sa parole est libre et il peut **exprimer oralement des opinions différentes**.

- En raison de l'éminence de leur fonction, il est évident que les **obligations** du magistrat vont au-delà de ce qui est habituellement requis du fonctionnaire. Le magistrat est tenu de rendre la justice, **il ne peut faire grève**, il doit **tenir secrète les délibérations**. Les magistrats doivent, en tout temps et même dans leur **vie privée**, mener une **vie "digne"**. Il leur est interdit toute **manifestation de nature politique** et prendre des **positions publiques partisans**. Le magistrat ne peut cumuler sa fonction avec une autre activité professionnelle (sauf enseignement, recherche scientifique, activité littéraire ou artistique, arbitrage). L'idée est **d'éviter toute subordination** de droit ou de fait, susceptible de contrarier **l'indépendance et l'objectivité** du magistrat. L'exercice d'**un mandat politique**, national ou européen est tout à fait **incompatible** avec la fonction de magistrat. Néanmoins, les magistrats ont le **droit d'adhérer à un syndicat** (3 syndicats essentiels : le syndicat de la magistrature, l'union syndicale de la magistrature, l'association professionnelle des magistrats).

#### **Revenons aux juridictions elles-mêmes :**

- Les **juridictions de l'ordre judiciaire** remplissent deux sortes de fonctions : d'une part, elles sont chargées **de juger les procès entre les particuliers, relatifs à l'application du droit privé ; d'autre part, elles frappent de peines ceux qui ont commis des infractions**.

- Une erreur est, à ce propos, fréquemment commise à propos des juridictions. A force de parler de "tribunal de grande instance", d'une part de "tribunal correctionnel", d'autre part, on a tendance à croire qu'il existe au sein des juridictions judiciaires, des juridictions qui jugent les procès civils et d'autres qui jugent les procès pénaux.

- C'est inexact : la France a adopté **le principe de l'unité de la justice civile et pénale** : ce sont les mêmes juridictions (même personnel, même locaux) qui statuent alternativement dans le domaine civil et pénal même si elles portent des noms différents selon le domaine dans lequel elles agissent. Ainsi, par exemple, le tribunal d'instance connaît à la fois les litiges civils de moindre importance et, dans sa formation répressive, en tant que tribunal de police, des contraventions. Il existe cependant des juridictions purement civiles (juridictions spécialisées) et une juridiction purement répressive (cour d'assises).

- La liaison entre la juridiction civile et la juridiction pénale est encore renforcée par le fait que ces juridictions pénales sont également compétentes pour statuer sur **l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction**, la victime ayant le choix et pouvant soit agir en dommages-intérêts devant un tribunal "civil" (TGI ou TI) soit porter l'action en dommages-intérêts devant la juridiction pénale en se portant partie civile.

- Il faut distinguer **les juridictions du premier degré** (I), devant lequel le litige est porté en premier lieu et la juridiction du second degré (II), **la cour d'appel**, devant laquelle le plaideur, mécontent du jugement, peut porter le litige une seconde fois en vertu du principe, non absolu, du double degré de juridiction. Un pourvoi en cassation, porté devant **la Cour de cassation** (III) est toujours possible, mais il ne portera que sur l'examen de la décision des juges du fond (jugent l'ensemble du procès, fait et droit) pour vérifier s'ils ont fait une application correcte du droit.

## **I. - Les juridictions du premier degré**

Nous envisagerons successivement les formations civiles (A) puis répressives (B) des juridictions.

### **A - Les formations civiles**

Le tribunal de grande instance présente une importance prédominante dans l'examen de ces juridictions judiciaires. En effet, le TGI est la juridiction de droit commun (1). Toutes les autres d'exception. Parmi celles-ci, le tribunal est juridiction ordinaire (2) tandis que les autres sont des juridictions spécialisées.

#### **1) Le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun**

- **Compétence** : Le tribunal de grande instance est la juridiction civile de droit commun. Cela signifie que cette juridiction a une compétence générale ou de principe. Elle connaît de tous les litiges que la loi n'attribue pas spécialement à d'autres juridictions. Sa compétence peut être définie de manière négative, sauf dans certains domaines exclusifs. Il est, en effet, notamment compétent à chaque fois que le tribunal d'instance ne l'est pas, cad à chaque fois que le montant de la demande est inférieur à 50.000 F. Il a, de plus, une compétence exclusive en matière d'état civil (mariage, divorce, séparation de corps, filiation, nationalité), en matière immobilière (action pétitoire en revendication), en matière d'exécution des jugements et des titres exécutoires, en matière de brevet, de marque de fabrique. Dans ces différents domaines, le TGI a une compétence exclusive quel que soit le montant du litige. Les décisions sont appelées des jugements.

Il statue en premier et dernier ressort lorsque la demande ne dépasse pas **25.000 F.** (décret des 21 et 28/12/1998), cad sans possibilité d'appel (ce qui n'exclue pas le recours en cassation), à charge d'appel au dessus de cette somme et à chaque fois que le montant de la demande est indéterminé.

- **Organisation territoriale** : Né de la réforme opérée par l'ordonnance du 22 décembre 1958, il existe, en principe, un tribunal de grande instance par département. Cependant dans les départements importants, il en existe plusieurs. Il y a actuellement 181 T.G.I. en métropole (175) et dans les départements d'outre-mer.

- **Formation** : Pour trancher les litiges, le T.G.I. siège, en principe, en formation collégiale de trois membres. L'audience est, en principe publique mais peut avoir lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis-clos (obligatoirement en matière gracieuse, facultativement en matière contentieuse, sauf texte contraire, ex.: divorce). Devant le T.G.I., le recours au ministère d'un avocat est, en principe, obligatoire.

Le T.G.I. peut aussi siéger à juge unique :

Le **président du T.G.I. peut décider que** l'affaire sera jugée par le T.G.I., statuant à juge unique, à condition qu'il ne s'agisse pas d'état des personnes ou de matières disciplinaires et que toutes les parties à l'instance acceptent ce mode de jugement.

Le président du T.G.I. peut statuer en **référé** qui permet au plaideur, le plus souvent mais non obligatoirement (selon le type de référé), lorsqu'il y a urgence, d'obtenir dans une instance contradictoire (l'adversaire étant prévenu et convoqué) une décision rapide (on peut assigner d'heure à heure), dont l'exécution pourra être poursuivie immédiatement (on parle d'exécution sur minute) et ne sera pas suspendue par l'appel qui serait formé. (ex. conflit de propriété. L'un des deux veut détruire le bien). Celui-ci peut ordonner des mesures conservatoires ou de remise en l'état, voire une provision si le droit n'est pas douteux. La procédure de référé ne préjuge en rien de ce qui sera ultérieurement décidé au fond par les formations normales du T.G.I.

Le président du T.G.I. peut aussi statuer sur **requête** dans l'éventualité où le demandeur, sans prévenir son adversaire, sollicite du président, qu'il rende une ordonnance l'autorisant, par exemple, à procéder à une saisie conservatoire. Si l'adversaire était prévenu, la mesure perdrait toute efficacité. Il n'y a donc pas de débat contradictoire.

Il existe aussi des **formations spécialisées** du T.G.I. statuant à juge unique : le juge aux affaires familiales, le juge de la mise en état, le juge des enfants, le juge de l'expropriation, etc...  
La décision rendue par un seul magistrat se nomme "ordonnance".

## 2) Le tribunal d'instance, juridiction ordinaire d'exception

- **Compétence** : Le tribunal a été institué aussi par l'ordonnance du 22 décembre 1958 (remplacent les juges de paix). Le tribunal d'instance est une **juridiction d'exception**. Il a une compétence générale pour statuer sur les actions personnelles et mobilières (ex. demande de paiement) lorsque le montant de la demande ne dépasse pas **50.000 F**. Il statue **en premier et dernier ressort jusqu'à 25.000 F. et à charge d'appel au-delà**. Il a une compétence exclusive très diversifiée pour les actions immobilières possessoires, contribution aux charges du mariage, demandes de pension alimentaires, contentieux du crédit à la consommation, contentieux électoral social, surendettement des particuliers, etc..., même si l'intérêt du litige dépasse 50.000 F. Il faut aussi noter que le tribunal d'instance a une compétence plus étendue dans les départements d'Alsace et celui de Moselle.

- **Organisation territoriale** : Il y a actuellement **473 T.I.** Il y a un tribunal d'instance à chaque chef-lieu de département et d'arrondissement et éventuellement dans les cantons importants (il peut y en avoir plusieurs dans la même ville). Les magistrats du tribunal d'instance sont des magistrats du T.G.I. détachés par décret pour 3 ans (renouvelables).

- **Formation**. Le tribunal d'instance statue à **juge unique**. L'audience est publique mais peut avoir lieu dans le cabinet du juge (art. 840 NCPC). Le juge d'instance peut aussi rendre des ordonnances de référé ou sur requête dans les mêmes conditions mais dans les limites de sa compétence. Le juge d'instance peut aussi rendre des ordonnances d'injonction de payer quel que soit le montant de la créance (art. 1405 NCPC) ou d'injonction de faire si la valeur de la prestation réclamée n'excède pas 50.000 F. Devant le tribunal d'instance, les parties sont libres de se défendre elles-mêmes, sans avoir recours à un avocat.

## 3) Les juridictions d'exception spécialisées

Ces juridictions sont chargées de trancher un contentieux très technique. Y siègent des spécialistes du domaine concerné, qui n'ont pas la qualité de magistrat professionnel. Ces juridictions trouvent leur raison d'être dans la spécificité du contentieux et le souci de rendre une justice rapide. Ces dernières années, ces juridictions sont fortement mises en cause en raison tant de la qualité de la justice rendue (ex. Conseil de prud'hommes) que de certains scandales qui ont éclaboussés des juges des tribunaux de commerce, mettant en cause leur impartialité.

### a) Le tribunal de commerce

- **Compétence** : Le tribunal de commerce est compétent pour juger en premier ressort les affaires commerciales, c'est-à-dire les litiges entre commerçants se rapportant à leur activité commerciale ; ceux relatifs aux actes de commerce (lettre de change, cautionnements commerciaux) ; ceux qui concernent les sociétés commerciales ou qui règlent les problèmes des commerçants en difficulté (redressement ou liquidation judiciaire). Mais, en raison de la technicité de la matière, seuls quelques tribunaux de commerce sont compétents en matière de "faillite". Lorsqu'une seule partie est commerçante (acte mixte), il convient de distinguer selon la qualité du défendeur : s'il est un non-commerçant, il doit être attiré devant sa juridiction naturelle, tribunal de grande instance ou tribunal

d'instance. Au contraire, si le défendeur est commerçant, le demandeur civil a une option entre le tribunal de commerce et la juridiction civile compétente. Le tribunal de commerce statue en premier et dernier ressort lorsque l'intérêt en cause ne dépasse pas 13.000 F. et à charge d'appel au-delà (l'art. 639 du Code de commerce n'a pas été modifié à l'occasion de la réforme de 1998). Mais dans les départements d'Alsace-Moselle, comme il n'existe pas de tribunaux de commerce, les chambres commerciales des TGI statuent en premier et dernier ressort jusqu'à 25.000 F. Les parties sont admises à se défendre elles-mêmes ou se faire assister ou représenter par la personne de leur choix.

- **Organisation territoriale** : Le tribunal de commerce est la plus ancienne des juridictions françaises encore en activité. Il existait, jusqu'à une date récente, 229 tribunaux de commerce, auxquels il faut ajouter les 7 Chambres commerciales des T.G.I. dans les départements d'Alsace-Moselle et les 4 tribunaux mixtes de commerce d'Outre-mer. Un décret du 30 juillet 1999 a supprimé 36 tribunaux de commerce situés dans le ressort des 8 cours d'appel (Amiens, Bourges, Caen, Dijon, Montpellier, Poitiers, Riom, Rouen) où ils étaient les plus nombreux. Cette suppression a pris effet le 1<sup>er</sup> janv. 2000, toutes les procédures en cours à cette date étant transférés, aux tribunaux de commerce désormais compétents.

- **Composition** : La particularité essentielle du tribunal de commerce est d'être constitué de **juges non professionnels élus par les commerçants parmi eux**. La fonction est entièrement bénévole. Le système actuel prévoit une élection à deux degrés : les commerçants élisent des délégués consulaires qui contribuent à élire les juges proprement dits. La réforme prévoit une modification du mode d'élection. La fonction est entièrement bénévole, les juges sont élus pour 4 ans (sauf le premier mandat : 2 ans). En Alsace-Moselle, la chambre commerciale du T.G.I. fonctionne sous le régime de l'échevinage (un magistrat professionnel et deux assesseurs commerçants et le tribunal mixte de commerce d'outre mer est composé du président du T.G.I. assisté de 3 assesseurs commerçants (le président a une voix prépondérante). Actuellement, une réforme est à l'étude visant à introduire la mixité au sein des tribunaux de commerce. Les chambres mixtes seraient composées d'un magistrat du corps judiciaire, président et deux juges élus, assesseurs et seraient compétentes pour les litiges intéressant l'ordre public (les procédures collectives, les litiges relatifs au contrat de société ou groupement d'intérêt économique à objet commercial, le contentieux relatifs aux instruments financiers, et enfin le contentieux du droit de la concurrence). Cette réforme fait l'objet d'une forte résistance de la part des juges consulaires.

- **Formation** : le tribunal de commerce siège, en principe, **en formation collégiale de trois juges**, au moins. Le président du tribunal de commerce peut statuer seul dans le cadre de la procédure de référé commercial, de l'ordonnance sur requête et de l'injonction de payer les petites créances.

## b) Le conseil de prud'hommes

- **Compétence** : Les conseils de prud'hommes ont pour rôle de concilier et de juger les conflits individuel de travail, né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail ou d'apprentissage, entre employeurs et salariés. Le conseil de prud'hommes statue en premier et dernier ressort lorsque l'intérêt du litige ne dépasse pas une somme fixée annuellement par décret. Le décret du 26 décembre 2000 modifiant les dispositions de l'article D. 517-1 du Code du travail, l'a fixée à **23.500 F**. Ce taux est applicable aux instances introduites à compter du 1er janvier 2001 (modification chaque année civile). Les parties doivent comparaître en personne avec le Conseil. Dans tous les cas, elles peuvent se faire assister d'un avocat ou d'un délégué syndical.

- **Organisation territoriale** : L'origine des conseils de prud'hommes est aussi ancienne puisqu'elle date d'une loi napoléonienne du 18 mars 1806. Il y a au moins un conseil des prud'hommes par ressort du tribunal de grande instance et souvent davantage "pour des raisons d'ordre géographique, économique et social" dans les régions à forte densité. Il y a actuellement 282 conseils de prud'hommes.

- **Composition** : Le conseil de prud'hommes est une juridiction paritaire. Chacune de ses formations doit comporter un nombre égal de salariés et d'employeurs, la présidence et la vice-présidence étant tenues par un représentant de chacune de ces deux catégories avec alternance annuelle obligatoire. L'employeur est tenu de libérer les salariés conseillers dans la limite de deux semaines par an et de les payer sur les fonds qu'il doit obligatoirement consacrer à la formation professionnelle. Les conseillers employeurs sont rémunérés par l'Etat. S'il y a partage des voix, le juge d'instance intervient comme juge départiteur et préside la formation bloquée. Les conseillers sont élus pour 5 ans par leur collège respectif.

- **Formation** : Chaque conseil est divisé en 5 sections : encadrement, commerce, industrie, agriculture, activités diverses. Chaque section constitue une juridiction autonome. Pour exercer ses fonctions judiciaires, le conseil de

prud'hommes prend 3 formations distinctes : un préliminaire de conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation. Un bureau de jugement composé de 4 membres intervient en cas d'échec de la conciliation. Il y a aussi une juridiction de référé composée de 2 membres.

#### c) Le tribunal paritaire des baux ruraux

- **Compétence** : Le tribunal paritaire des baux ruraux est compétent pour juger les conflits qui opposent les bailleurs et les preneurs de baux ruraux (notamment les baux à ferme et les baux à métayage). Il statue en premier et dernier ressort lorsque l'intérêt du litige ne dépasse pas 25.000 F. et à charge d'appel, au-delà (art. L. 443-1 du Code de l'organisation judiciaire). Les parties doivent comparaître en personne et elles peuvent se faire assister par une personne de leur choix (avocat, membre de la famille, huissier, membre d'une organisation agricole).

- **Organisation territoriale** : Depuis une cinquantaine d'année, le droit des baux s'est singulièrement compliqué. L'ordonnance du 22 décembre 1958 a prévu un tribunal des baux ruraux par tribunal d'instance. Il existe actuellement 409 tribunaux paritaires des baux ruraux.

- **Composition** : Le tribunal est composé, à égalité, de juges non professionnels représentant les preneurs et les bailleurs, mais il est présidé par le juge du tribunal d'instance. Celui-ci n'intervient que comme juge départiteur, en cas de partage des voix. C'est le système de l'échevinage.

#### d) Les juridictions de la Sécurité sociale

Ces juridictions remontent à l'organisation de la Sécurité sociale en 1945 dont le contentieux est à la fois abondant, varié et spécifique.

- **Le tribunal des affaires de la sécurité sociale** tranche en premier ressort le contentieux général : les litiges liés à l'assujettissement, au droit aux prestations, aux cotisations. Il est présidé par un magistrat du siège du T.G.I ou un magistrat honoraire désigné par le premier président de la cour d'appel qui est entouré paritairement de 2 ou 4 représentants du collège des salariés et du collège des employeurs et travailleurs indépendants, qui sont désignés par le premier président de la cour d'appel à partir de listes dressées sur proposition des organisations professionnelles représentatives. Il y a 111 tribunaux des affaires de la sécurité sociale. Ils statuent en premier et dernier ressort pour les demandes dont le principal n'excède pas la valeur de 25.000 F.. L'appel est porté devant la Chambre sociale de la cour d'appel.

- **Les commissions techniques** sont chargées de régler les problèmes d'ordre médical qui se posent aux organismes de la Sécurité sociale (ex. litiges sur le taux d'incapacité ou d'invalidité ou sur l'inaptitude au travail). Elle est composée de médecins, d'un représentant de l'Administration du travail, d'un employeur et d'un salarié. Cette commission tranche les litiges en premier ressort et l'appel est porté devant la Commission nationale technique.

### B - Les formations répressives de jugement

- L'organisation des formations répressives de jugement de droit commun est fondée sur la considération de la gravité de l'infraction. Celles-ci font traditionnellement l'objet d'une classification tripartite qui distingue, en ordre de gravité croissante, les contraventions, les délits et les crimes. A chacune de ces catégories correspond une juridiction déterminée.

Il faut examiner la peine principale encourue pour déterminer la nature de l'infraction commise, et par voie de conséquence, la juridiction compétente.

L'incarcération est criminelle ou correctionnelle, mais jamais contraventionnelle.

- La peine **criminelle** est nommée **réclusion**, pour les crimes de droit commun ou détention pour les crimes politiques. Politique ou de droit commun, elle est décomposée en degré : 1) Perpétuité 2) 30 à 20 ans 3) 20 à 15 ans 4) 15 à 10 ans. En dessous de 10 ans, il n'y a qu'emprisonnement.

- La peine **correctionnelle** porte le nom **d'emprisonnement** et, en durée, s'étend de 10 ans (susceptibles de doublement pour récidive) à 6 mois. Il existe aussi une **amende correctionnelle** qui ne peut être moindre de 25.000 F.

- Pour les **contraventions**, il n'y a plus d'emprisonnement. **L'amende contraventionnelle** ne peut dépasser 20.000 F, maximum de la classe la plus élevée (10.000) doublée par la récidive.

### 1) Le tribunal de police

- Le tribunal de police est compétent pour juger les auteurs de contravention commises dans son ressort territorial. Le nouveau Code pénal a supprimé l'emprisonnement pour les contraventions. Le tribunal de police est la formation répressive du tribunal d'instance. La juridiction statue à juge unique. Les fonctions du Ministère public sont assurées par le procureur de la République du T.G.I. et pour les infractions les moins graves, par un commissaire de police.

### 2) Le tribunal correctionnel

- Le tribunal correctionnel a compétence pour juger tous les auteurs de délits qui ne sont pas renvoyés devant une juridiction particulière (mineurs, militaires, ministres). Il est compétent pour prononcer des peines pouvant aller jusqu'à 10 ans d'emprisonnement. Il s'agit, en fait de la chambre correctionnelle du T.G.I. La juridiction est collégiale (sauf exceptions). Le procureur de la République et ses substituts y assurent les fonctions du Ministère public. L'appel contre les jugements rendus est formé devant la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel.

### 3) La cour d'assises

- **Compétence** : La cour d'assises est compétente pour juger les auteurs de crimes, c'est-à-dire des infractions les plus graves, punies de la réclusion criminelle à perpétuité ou à temps. La détermination de la compétence de la cour d'assises est néanmoins secondaire dans la mesure où elle bénéficie de ce qu'on appelle une **plénitude de juridiction**. Elle est compétente pour toutes les infractions dont elle a été saisie, même s'il s'avère qu'elles ne sont pas de nature criminelle. Il existe aussi une cour d'assises pour mineurs de 16 à 18 ans, auteurs de crimes dont la seule particularité est que les deux assesseurs sont des juges ou d'anciens juges pour enfants et une cour d'assises d'exception compétente pour juger les auteurs d'attentats terroristes qui n'est composé que de magistrats professionnels et n'a pas de jury populaire (pour éviter les risques de pression et d'intimidation).

- **Composition** : La cour d'assises a une composition originale puisqu'elle est mixte. Elle est composée de 3 magistrats de carrière dont le président qui forment la cour et 9 jurés (depuis 1958) populaires tirés au sort d'après les listes électorales (mais il y a aussi des conditions morales, mentales, d'âge -23 ans-et des incompatibilités avec des fonctions politiques, administratives de haut niveau ou judiciaire). Les noms sont tirés au sort par le président de la cour d'assises avant chaque affaire. Ministère public et personne poursuivie peuvent récuser 4 et 5 personnes au fur et à mesure du tirage au sort. La cour et le jury délibèrent ensemble. Les décisions défavorables (déclaration de culpabilité, peine incompressible) à l'accusé ne peuvent être prises que par une majorité minimale de 8 voix contre 4. (donc forcément au moins 5 voix du jury)

- **Organisation territoriale** : La cour d'assises est une juridiction départementale. C'est aussi une formation de la cour d'appel. Or, il n'y a que 30 cours d'appel en métropole pour 95 départements. Aussi, les cours d'assises sont itinérantes car elles vont siéger dans chaque chef-lieu de département du ressort de la cour d'appel (au T.G.I.).

- **Fonctionnement** : La cour d'assises n'est pas une juridiction permanente. Elle tient des sessions d'une durée limitée, qui ont lieu tous les trois mois au chef lieu de chaque département. La cour d'assises rend ses décisions par voie d'arrêts qui n'ont pas à être motivés. Jusqu'à une date récente, ces arrêts n'étaient pas susceptibles d'appel mais seulement d'un pourvoi en cassation, pour vice de forme ou pour violation de la loi (si acquittement, seulement dans l'intérêt de la loi) ou à un pourvoi en révision, dans les seuls cas de condamnation, dans des conditions très particulières impliquant la survenance d'un fait nouveau. L'idée était que la cour d'assises étant une représentation directe du peuple souverain au nom de qui est rendue la justice, ces arrêts d'assises ne pouvaient être réformés au fond par des magistrats de carrière. Cette solution était sans doute en contradiction avec les engagements internationaux de la France, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme. Une loi du 15 juin 2000, applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2001, a instauré un appel contre les décisions des cours d'assises mais qui ne sera pas examiné par la cour d'appel. Il s'agit d'un appel tournant ou circulaire : l'appel sera porté devant une autre cour d'assises qui sera chargée de rejuger l'accusé. Cette autre cour d'assises, qui comprendra 12 jurés au lieu de 9 en première instance, sera désignée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La procédure applicable devant elle sera la même que celle qui l'est devant la cour d'assises statuant en premier ressort.

## II. - La juridiction du second degré : la cour d'appel

- **Rôle de l'appel** : «L'appel est une voie de recours qui permet de déférer la décision rendue à une juridiction supérieure, qui juge à nouveau la cause, en fait et en droit, puis confirme ou infirme en la réformant la sentence primitive». La règle du double degré de juridiction est un principe général de procédure qui consacre une garantie essentielle aux intérêts des plaideurs et à l'intérêt supérieur de la Justice". (Com. du gvt Chenot, CE 4 fév. 1944) L'appel constitue une sérieuse garantie pour les plaideurs. Le juge du premier degré apportera d'autant plus de soin à sa décision qu'il sait qu'elle pourra être déférée à la juridiction d'appel. Les juges d'appel sont plus anciens que ceux du premier degré. Ils ont plus d'expérience, de connaissances techniques, ils sont moins surchargés et peuvent donc examiner plus minutieusement les dossiers. Le principe du double degré de juridiction en toutes matières est général. Le législateur ne l'a écarté que pour les litiges mettant en jeu des intérêts mineurs. Les juridictions de première instance statue en principe en premier et dernier ressort pour les litiges dont l'intérêt ne dépasse pas 25.000 F (sauf conseil de prud'hommes et tribunaux de commerce). En principe (sauf cour d'assise et contentieux de la sécurité sociale), tous les appels sont portés devant une unique juridiction : la cour d'appel, composée de plusieurs chambres spécialisées. Il s'agit donc d'une juridiction de droit commun.

- **Organisation territoriale** : Il existe **30** cours d'appel en métropole, **3** dans les départements d'Outre-mer et **une** à Nouméa, chacune compétente pour les juridictions de plusieurs départements. Les cours d'appel portent le nom de la ville de leur siège (souvent lieu des anciens Parlements). En Alsace-Moselle, il existe une cour d'appel à Metz depuis 1973, à Nancy et à Colmar. Leur ressort s'étend, en général, sur plusieurs départements (de 2 à 4 en général). Les cours d'appel comportent, en général, plusieurs chambres (29 à Paris dont le ressort correspond à 6 départements). Chaque chambre est présidée par un président, le président de la cour portant le titre de premier président. Les autres juges de la cour portent le titre de conseiller à la cour d'appel.

- **Formation** : La cour d'appel est composée de plusieurs chambres. Il y a toujours au moins une chambre civile, une chambre des appels correctionnels, une chambre sociale, une chambre d'accusation (appel en matière d'instruction). Les audiences sont, en principe, collégiales (3 magistrats pour les audiences ordinaires, 5 en audience solennelles) et publique. Le ministère public y est représenté par un procureur général assisté d'avocats généraux et de substituts généraux.

- **Effets de l'appel** : La cour d'appel est invitée à changer la solution des premiers juges. Soit elle change cette solution et on dit qu'elle infirme le jugement, soit elle confirme le jugement. Mais dans les deux cas, c'est sa décision qui se substitue au premier jugement. L'appel a un effet **dévolutif**. Cela signifie que la cour d'appel est tenue de reprendre l'examen de l'ensemble de l'affaire même si elle doit limiter son éventuelle réformation aux éléments du jugement critiqué par l'appelant. La cour doit constater par elle-même et apprécier les faits de l'espèce, comme a pu le faire la juridiction de première instance. La cour doit aussi interpréter la règle de droit applicable. La cour d'appel examine l'ensemble du litige, en fait et en droit.

- L'appel a aussi, en principe, un effet **suspensif** de la force exécutoire qui s'attache normalement après tout jugement. Le jugement frappé ne sera pas exécuté tant que la cour d'appel ne se prononce pas. Cette solution s'explique par le fait que si la cour d'appel infirme le jugement, il faudra tout recommencer. Néanmoins, il existe un certain nombre d'exceptions à ce principe.

En matière civile, le délai pour faire appel contre un jugement est, en principe, d'un mois. Ce délai passé, le jugement acquiert force définitive de chose jugée.

- En matière pénale, le délai est, en principe, de 10 jours (mais 2 mois pour le procureur). L'effet dévolutif est limité puisque, si le délinquant fait appel, la cour ne peut aggraver sa condamnation, pénale ou civile, et si la partie civile fait appel, elle ne peut diminuer le montant des dommages-intérêts alloués par le tribunal.

## III. - La Cour de cassation

- La Cour de cassation se situe au **sommet de la pyramide judiciaire**. Elle est unique et siège à **Paris**, au Palais de Justice. Toutes les décisions de toutes les juridictions judiciaires peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation. La Cour de cassation a pour origine l'ancien Conseil du Roi de l'ancien régime. Avec la Révolution, fut institué un Tribunal de cassation mais dont le rôle était négligeable en raison du

culte de la loi, émanant des représentants de la volonté nationale. Mais avec le Code civil, le rôle de la Cour de cassation est devenu considérable.

A titre d'indications, voici quelques chiffres sur l'activité de la Cour de cassation publié en 1998. La Cour de cassation rend environ 20 000 arrêts en matière civile et 6 500 en matière pénale par an. Le Premier président estime que le nombre d'arrêts fondamentaux est de l'ordre de 160.

## A - Rôle de la Cour de cassation

- La Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle n'a pas pour rôle, comme la cour d'appel, d'apprécier une troisième fois l'ensemble du litige, faits et droit. Les faits ne sont pas examinés par la Cour de cassation : elle les considère comme définitivement établis par la cour d'appel.

La Cour de cassation n'examine que les questions de droit. Elle vérifie si les juges ont donné une qualification correcte aux faits et s'ils en ont déduit les bonnes conséquences juridiques. La Cour de cassation juge les jugements des juges du fond.

Puisqu'elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction, sa décision ne se substitue pas à celle des juges du fond. La Cour de cassation ne rend pas elle-même des décisions concernant le fond de l'affaire et exécutoires pour les parties en cause. Elle se contente d'apprécier la valeur de la décisions et de la casser, si elle ne lui paraît pas conforme au droit ou de rejeter le pourvoi si elle lui paraît légalement justifiée. Elle renvoie l'affaire devant une juridiction du même ordre que celle dont émane la décision cassée.

- La Cour de cassation a pour fonction générale de veiller à la correcte interprétation de la règle de droit par les juges du fond. Elle sert donc de régulateur aux autres juridictions et assure une certaine fixité de la jurisprudence. Elle **uniformise le droit** car dans son rôle de juge du droit, elle est amenée à établir une jurisprudence qui sert de modèle aux juges du fond. Notre système juridique ne connaît pas comme dans **les pays Anglo-saxons, la règle du précédent obligatoire**. Aussi, l'autorité de la Cour de cassation sur les juridictions inférieures est avant tout **morale**. Ceci explique qu'il existe parfois des divergences -ou résistances- entre les juges du fond et la Cour de cassation sur une interprétation de la loi.

- Depuis une **loi du 15 mai 1991**, les tribunaux et cours d'appel peuvent solliciter **l'avis de la Cour de cassation** "avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges". Cet avis ne s'impose pas à la juridiction qui l'a sollicité. La Cour de cassation joue là, un rôle préventif d'interprétation.

## B - Composition et formation de la Cour de cassation

- La Cour de cassation comporte aujourd'hui **6 chambres : une chambre criminelle et cinq chambres civiles (trois chambres purement civiles ; une chambre commerciale et financière et une chambre sociale)**. "Chacune des chambres de la Cour de cassation comprend : un président de chambre; des conseillers ; des conseillers référendaires ; un ou plusieurs avocats généraux ; un greffier de chambre" (art. R. 121-4 C. org. jud.). Chaque chambre réunit normalement 5 magistrats pour statuer (sauf si la solution paraît s'imposer : 3 magistrats, loi du 3 janv. 1979). Néanmoins, afin d'assurer le maximum de souplesse, la loi n'a pas fixé de manière impérative la composition de chacune des chambres. De même, la règle de l'imparité n'est pas obligatoire à la Cour de cassation. La Cour de cassation peut parfois se réunir en formation plus solennelle :

- **Chambre mixte** : Cette Chambre mixte comprend des représentants de trois chambres au mois. Elle comprend alors, au minimum, 13 membres. Cette formation est compétente pour les affaires qui soulèvent une question relevant des attributions de plusieurs chambres, ou encore une question ayant reçu ou susceptible de recevoir des solutions divergentes devant les différentes chambres de la Cour de cassation. Cette chambre est obligatoirement saisie en cas de partage égal des voix devant la chambre normalement compétente et quant le procureur le requiert avant l'ouverture des débats. Elle est facultativement saisie par ordonnance du Premier président avant ouverture des débats ou par arrêt de la chambre initialement saisie.

- **Assemblée plénière** : Il s'agit de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation. Elle comprend 25 magistrats. Elle est obligatoirement saisie lorsque, dans une même affaire, une opposition de doctrine s'établit entre une chambre de la Cour de cassation et les juges du fond saisis après renvoi. Elle est donc seule compétente pour juger un second renvoi. Elle peut être également saisie, au cours d'un premier pourvoi, de façon facultative, lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment lorsqu'il existe une divergence d'interprétation entre

les juges du fond ou entre les juges du fond et la Cour de cassation. On peut ainsi prévenir un conflit d'interprétation car l'arrêt s'impose à la cour d'appel de renvoi (économie d'un second pourvoi).

- **Le ministère public** est représenté par un premier avocat général, 19 avocats généraux et 1 substitut chargé du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

### C - Mécanisme du pourvoi de cassation

- Saisie d'un pourvoi contre une décision de justice rendue en dernier ressort, la Cour de cassation examine si les juges du fond ont correctement appliqué la règle de droit.

- soit, elle estime que les juges du fond n'ont commis aucune erreur de droit et elle rejette le pourvoi ;

- soit, elle considère que les juges ont commis une erreur de droit, elle casse et annule la décision. En principe, puisque la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, elle ne peut substituer sa décision à celle des juges du fond, elle doit renvoyer l'affaire devant une juridiction du fond de même nature et de même degré que celle dont émanait la décision qu'elle vient de casser. Néanmoins, elle peut casser sans renvoi, en particulier en cas de perte de fondement juridique ou de pourvoi pour contrariétés de jugement, le jugement le plus récent disparaissant sans annulation. C'est le cas s'il n'y a plus rien à juger si, par exemple, le texte qui punissait l'infraction a été supprimé pendant la procédure ou si une loi d'amnistie est intervenue ;

- L'affaire est rejugée par la première juridiction de renvoi qui bénéficie d'une totale liberté d'appréciation. L'arrêt de cassation a eu pour effet de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la décision cassée. Puisqu'elle est juge du fond, la cour de renvoi va réexaminer les faits et le droit. **Elle peut analyser les faits différemment de la 1er juridiction.**

- La cour de renvoi peut se ranger au point de vue juridique de la Cour de cassation mais elle n'est pas obligée de le faire. Dans ce cas, l'affaire est terminée. Il peut y avoir un autre pourvoi en cassation mais il ne portera pas sur le même problème (retour au premier pourvoi) ;

- La cour de renvoi peut aussi statuer dans le même sens que la juridiction dont la décision a été cassée et donc résister à l'autorité de la Cour de cassation. Dans ce cas, s'il y a un pourvoi, il est obligatoirement formé devant la formation la plus solennelle de la Cour de cassation ;

- **La Cour de cassation examine pour une seconde et dernière fois le même problème de droit.** Deux positions peuvent être prises :

- L'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut se ranger à la position des juges du fond (rare) et donc **rejeter** le pourvoi. L'affaire est terminée ;

- L'Assemblée plénière peut maintenir sa position initiale et **casser la décision**. Elle peut **casser sans renvoi**, mais, plus couramment, elle **renvoie l'affaire** devant une seconde juridiction de renvoi, de même nature et de même degré que les deux précédentes.

- La cour de renvoi doit obligatoirement s'incliner et statuer dans le même sens que la Cour de cassation sur les problèmes juridiques qu'elle a tranchés. Elle reste néanmoins libre d'apprécier souverainement les faits et tous les points de droit non soumis à la Cour de cassation.

Un tel mécanisme correspond à environ 15 ans de procédure.

## § 2 : LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

### - Avant d'envisager les différentes juridictions, disons quelques mots sur les juges qui les composent :

Par rapport aux juges de l'ordre judiciaire, on peut noter trois grandes différences :

- **L'absence d'unité de corps** : il existe un **statut différent des juges au sein de chaque catégorie de juridictions**. Le statut du juge administratif est différent suivant qu'il exerce ses fonctions au tribunal administratif, à la cour administrative d'appel ou au Conseil d'Etat. Il n'y a **pas de formation juridictionnelle** comparable à celle dispensée par l'ordre judiciaire. Beaucoup des juges administratifs sont issus de l'**Ecole nationale d'administration** où ils suivent les mêmes études que les futurs membres de l'administration active. Le choix de la carrière dépend **du rang du classement final** à l'E.N.A. Les 3/4 des juges des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel proviennent de l'E.N.A. Certains juges administratifs proviennent d'un **recrutement latéral, dit "au tour extérieur"**, au choix du gouvernement. Le recrutement latéral est largement admis. Ce mode de recrutement contribue **à assurer la liaison entre juridiction**

**administrative et administration active** . C'est ce qui fait dire que "**le juge administratif est l'Administration qui se juge**".

- **La moindre dérogation au statut général de la fonction publique**. Les juges administratifs sont soumis au **statut général des fonctionnaires**, même si on leur a reconnu quelque particularisme statutaire pour faciliter l'exercice de leur mission et la tendance actuelle est d'aligner leur statut sur celui des magistrats. **L'immovibilité n'est pas reconnue** aux juges administratifs de manière générale (sauf Cour des comptes). Une conception traditionnelle dénie aux juges administratifs la qualité de magistrat (mais évolution pour les juges des tribunaux et cours administratifs et Cour des comptes). Cependant la carrière et le discipline des juges des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel dépendent de propositions qui sont faites par **le Conseil supérieur des Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel**, organisme indépendant créé en 1986. Mais il n'existe rien de comparable pour les membres du Conseil d'Etat. Aussi, les membres du Conseil d'Etat demeurent théoriquement révocables et leur **indépendance** n'est garantie que par **la seule tradition**. Pour éviter les pressions extérieures, la pratique a établi un **avancement à l'ancienneté**, qui garantie par son automaticité, l'indépendance des juges mais qui ne stimule pas trop les ambitions.

- **L'absence de distinction du siège et du parquet**. Les **commissaires du gouvernement** sont membres à part entière des juridictions dans lesquelles ils exercent leur fonction (maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, conseillers de tribunal administratif). Contrairement à ce que laisse croire leur appellation, **les commissaires du gouvernement ne représentent en aucune manière le gouvernement**, qui ne peut leur donner la moindre instruction. Ils sont des membres de la formation de jugement, temporairement chargés de proposer à leurs collègues, **en toutes indépendances, la solution juridique que leur paraît appeler le litige soumis à la juridiction, sous forme de présentation de "conclusions"**. Seule la Cour des comptes dispose d'un parquet.

- L'ordre dans lequel **nous allons étudier les juridictions administratives** est inversé par rapport à celui employé pour les juridictions judiciaires. Nous envisagerons les juridictions administratives dans l'ordre de leur création. En effet, jusqu'en 1953, le Conseil d'Etat (I) était la seule juridiction ordinaire du contentieux administratif. Après la création des tribunaux administratifs (II) en 1953 intervint la création des cours administratives d'appel (III).

## **I. - Le Conseil d'Etat**

Le Conseil d'Etat est une juridiction unique qui siège à Paris, au Palais Royal. Il est présidé par le Premier ministre, suppléé en fait dans cette fonction par le Garde des Sceaux.

- **Compétence** : Le Conseil d'Etat est à la fois un organe consultatif de l'Administration active et organe juridictionnel. Le Conseil d'Etat est devenu une véritable juridiction souveraine libérée de toute indépendance vis à vis du pouvoir exécutif (une loi du 24 mai 1872 décide que le Conseil d'Etat doit statuer en véritable juge indépendant).

- **Formation** : En raison de la double nature du Conseil d'Etat, il existe deux types de formation

- Les formations administratives qui émettent des avis à l'intention du gouvernement. Il y a 4 sections spécialisées (intérieur, finances, travaux publics, social) consultées par le gouvernement pour la préparation des textes et décisions. Il existe aussi une section du rapport et des études, chargée de rédiger un rapport annuel adressé au Président de la République et qui préconise des réformes législatives, administratives ou réglementaires.

- Les formations contentieuses qui émanent d'une section unique : la section du contentieux. Elle possède un président, 3 présidents adjoints et un certain nombre de conseillers d'Etat, des maîtres des requêtes et d'auditeurs. La section du contentieux est divisée en 10 sous-sections spécialisées.

- **Attributions contentieuses** :

En tant que juridiction, selon la nature du contentieux, le Conseil d'Etat statue soit en premier et dernier ressort (juge du fond), soit en appel (comme juge d'appel), soit en cassation (comme juge de cassation).

## **II. - Les tribunaux administratifs**

- **Origine** : Les tribunaux administratifs doivent leur nom à la réforme opérée par le décret du 30 septembre 1953 qui a supprimé les conseils de préfecture, créés par Bonaparte sous l'an VIII. Ils sont depuis 1953, la juridiction administrative de droit commun pour désencombrer le Conseil d'Etat.

- **Organisation territoriale** : Il existe 35 tribunaux administratifs, dont 27 en métropole. Ils siègent au chef-lieu d'un département et le ressort comprend 1 à 5 départements.

- **Formation** : Le tribunal peut statuer à juge unique ou en formation collégiale plus ou moins étendue.

- **Compétence** : Le tribunal administratif est juge de droit commun pour connaître au premier degré de tous les litiges qui n'ont pas été expressément attribués à une autre juridiction. Son rôle est spécialement important en matière fiscale, électorale et de travaux publics.

### **III. - Les cours administratives d'appel**

- **Origine** : Les cours administratives d'appel ont été créées par la loi du 31 décembre 1987 pour désencombrer le Conseil d'Etat.

- **Compétence** : Elles deviennent le juge d'appel ordinaire des décisions des tribunaux administratifs dans certaines matières seulement, le Conseil d'Etat demeure juge d'appel dans les autres. En fait, la cour administrative est le juge d'appel des affaires de pleine juridiction (par opposition au recours pour excès de pouvoir, appréciation d'un acte : ex. responsabilité de l'autorité publique, litige à propos d'un contrat passé avec l'Administration).

- **Organisation territoriale** : Il existe actuellement 7 cours (Bordeaux, Nancy, Nantes, Lyon, Paris, Marseille Douai) qui ont un ressort très étendu.

### **§ 3 : LES JURIDICTIONS EXTERIEURES AUX DEUX ORDRES**

- Nous allons décrire sommairement les deux plus importantes juridictions qui ne peuvent être rattachées ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Il s'agit du Tribunal des conflits (I) et du Conseil constitutionnel (II).

#### **I) Le Tribunal des conflits**

- **Origine** : Parce qu'il existe deux ordres différents de juridiction, des problèmes peuvent se poser pour savoir auquel des deux ordres le litige doit être soumis. Le Tribunal des conflits a été institué par une loi du 24 mai 1872 pour les résoudre.

- **Composition** : Le Tribunal des conflits est une juridiction collégiale paritairement composée de membres issus de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Le Tribunal des conflits est présidé par le garde des Sceaux et composé de 3 conseillers d'Etat et 3 conseillers à la Cour de cassation. Le Garde des Sceaux ne participe pas, en principe, aux travaux. Il n'intervient qu'en cas de partage égal des voix.

- **Rôle** : Le Tribunal des conflits n'a pas pour rôle de trancher les différends au fond, mais seulement de trancher les conflits de compétence, c'est-à-dire de désigner l'ordre de juridiction qui doit connaître du litige pour lequel la compétence administrative ou judiciaire est douteuse. Le conflit d'attribution entre les deux ordres peut être de deux types :

- **un conflit négatif** lorsque aucune juridiction ni judiciaire ni administrative ne veut connaître du litige. Le plaideur se trouve face à un véritable déni de justice ;

- **un conflit positif** si les deux ordres juridictionnels se déclarent compétents. En réalité, la seule hypothèse est une revendication de l'Administration alors que une juridiction judiciaire a été saisie. Il faut donc plutôt dire lorsque, en pratique, un plaideur a saisi la juridiction judiciaire alors que l'administration défenderesse (représentée par un des agents) estime que le litige relève de la juridiction administrative. Il n'existe pas de procédure inverse devant les juridictions administratives. L'idée est, pour les conflits positifs, de protéger l'indépendance administrative contre l'empiètement judiciaire.

Le Tribunal des conflits est saisi, en cas de conflit positif, par **un déclinatoire de compétence émanant du préfet** dont une juridiction judiciaire de son département examine, selon lui à tort, un litige pour lequel elle serait incompétente. En cas de conflit négatif, le Tribunal est saisi obligatoirement, lorsque toutes les voies de recours étant épuisées dans un ordre, par la juridiction de l'autre ordre qui se déclare elle aussi incompétente (Réforme 1960). Il est saisi facultativement par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation lorsqu'ils estiment, avant même que l'autre ordre soit saisi, que le conflit est à craindre.

Le Tribunal des conflits désigne l'ordre compétent et sa décision s'impose à l'ordre désigné.

## II. - Le Conseil Constitutionnel

- **Rôle:** Le Conseil constitutionnel a été créé en 1958, avec pour rôle essentiel d'être juge de la constitutionnalité des lois. Depuis 1971, son rôle s'est considérablement accru puisqu'il vérifie également la conformité des lois à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et aux préambules des Constitutions de 1946 et 1958 (bloc de constitutionnalité). Il a aussi pour rôle de surveiller et de régler le contentieux de l'élection du Président de la République et des parlementaires.

- **Composition :** Le Conseil constitutionnel est composé des anciens Président de la République, 3 membres désignés par le Président de la République, 3 par le président de l'Assemblée nationale, 3 par le président du Sénat. Ces membres sont nommés pour 9 ans.

## § 4 : LES JURIDICTIONS EUROPEENNES

L'une siège à Luxembourg, l'autre à Strasbourg... Leur jurisprudence décide largement des conséquences concrètes du droit communautaire d'une part (I), de la convention européenne des droits de l'homme, d'autre part (II).

### I. - La Cour de justice des communautés européennes

- Instituée par le traité constitutif de la Communauté européenne, devenue **Union européenne**, la CJCE est formée de 13 juges assistés de 6 avocats généraux.

- Elle est compétente pour se prononcer sur la légalité des actes des institutions européennes, ainsi que sur leur carence (lorsque le droit communautaire impliquerait une action qu'elles n'ont pas entreprise).

- Un particulier ne peut saisir la Cour de justice que s'il est destinataire ou concerné individuellement par une décision en cause. La possibilité de former **un recours devant la CJCE est réservée aux Etats membres de l'Union**, au Conseil, à la Commission et au Parlement européen (pour la défense de ses prérogatives).

- Si la Commission estime qu'un Etat membre ne respecte pas les obligations qui lui incombent en vertu du Traité, elle peut, après une mise en demeure, de mander à la Cour de justice de constater un **manquement**. Ce qu'elle a fait à plusieurs reprises à propos de la France, par exemple en 1986, lorsqu'une infirmière britannique s'était vu refuser sa titularisation dans un emploi de la fonction publique hospitalière, en contradiction avec la libre circulation des travailleurs. Et depuis 1991, le statut de la fonction publique a été modifié, pour permettre aux ressortissants des Etats de l'Union d'accéder à certains corps de fonctionnaires.

- Mais l'aspect le plus remarquable des missions imparties à la CJCE réside dans la compétence que lui donne l'article 177 du Traité pour interpréter le Traité lui-même, et le droit qui en «dérive». **La question dite «préjudicielle»** (avant jugement) est alors posée par une juridiction nationale, qui surseoit à statuer en attendant l'arrêt par lequel la Cour de Justice donne son interprétation du droit communautaire. En juillet 1991, la CJCE, interrogée par un tribunal français, a interprété la directive de 1976 sur l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi comme imposant aux Etats membres de ne pas maintenir une interdiction législative de travail de nuit des femmes lorsque la même disposition n'existe pas pour les hommes. Cette analyse est discutée en doctrine (le texte n'imposait pas inéluctablement cette interprétation) mais **elle s'impose aux autorités des Etats** et donc notamment au juge français.

### II. - La Cour européenne des droits de l'homme

- L'existence de cette Cour résulte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe, c'est-à-dire d'une Europe se voulant non pas économique mais **éthique**.

- La grande innovation de la Convention européenne est la possibilité donnée non seulement aux Etats mais encore à **tout individu** de soumettre aux organes de contrôle une requête alléguant une violation de la Convention.

- Une personne peut saisir la Cour si l'Etat européen a, en souscrivant une déclaration spécifique, accepté **le droit de recours individuel**, ce qui est le cas de la France depuis **1981**. La personne en question doit avoir toutefois épuisé les voies de recours internes et ne pas dépasser un délai de 6 mois après la décision même définitive. Un Etat peut pareillement dénoncer le manquement d'un autre Etat contractant.

- Seul un Etat ayant ratifié la Convention européenne peut être traduit devant la Cour. Si celle-ci relève une ou plusieurs violations de la Convention, **elle prononce une condamnation**. Elle doit aussi décider d'accorder ou non une « satisfaction équitable à la victime », c'est-à-dire une prestation en argent à la charge de l'Etat condamné. C'est ce qu'elle a fait dans un arrêt du 31 mars 1992, lorsqu'elle a condamné la France à verser une indemnisation aux parents d'un hémophile mort du Sida après avoir été infecté par le virus lors d'une transfusion sanguine. Dans cette affaire, la Cour a jugé que la France avait violé l'article 6 de la Convention en raison de la durée excessive de la procédure en réparation qu'avait intentée la victime devant les juridictions administratives françaises.

- Les arrêts de la Cour sont **obligatoires** car les « Hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquelles elles sont parties » (art. 53) mais ils ne sont pas **exécutaires**, c'est à l'Etat considéré qu'il appartient donc de se comporter de telle sorte qu'il soit mis fin à la violation constatée et d'en effacer les conséquences.

#### **Chapitre IV : DOMAINE D'APPLICATION DE LA REGLE DE DROIT**

- La règle de droit nouvelle entraîne l'abrogation de la règle ancienne. **Aucun conflit entre deux normes concurrentes n'apparaît dès lors possible**. Pourtant, on peut assister à des conflits de lois, en droit interne. En effet, même sur le territoire français, il peut y avoir des **conflits de lois dans l'espace** et entre deux normes qui se succèdent dans le temps, il peut y avoir des **conflits de lois dans le temps**. Nous envisagerons donc successivement l'application de la loi dans l'espace (Section 1), puis l'application de la loi dans le temps (Section 2).

#### **Section I : L'APPLICATION DE LA LOI DANS L'ESPACE**

- **La loi votée par le parlement français et les règlements du pouvoir exécutif ont normalement vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire sur lequel s'exerce la souveraineté française**. Or, la France métropolitaine et la France d'Outre-mer constituent un ensemble. Néanmoins, on doit constater que certaines parties du territoire français sont soumises à des régimes législatifs spéciaux. C'est le cas pour l'Alsace-Moselle (I) et les départements et territoires d'Outre-mer (II).

##### **I. - Les départements d'Alsace-Moselle**

- L'Alsace-Moselle a été **annexée par l'Allemagne** de 1871 à 1918. Pendant cette période et celle qui s'étend de 1940 à 1945, la **législation allemande leur a été imposée**. En 1918, lorsque ces départements ont fait retour à la France, il est apparu nécessaire d'opérer une **transition** entre le régime applicable depuis près de 50 ans et la législation française. Un **changement brusque** de la législation n'apparaissait pas opportun et risquait de choquer les convictions, notamment religieuses des populations locales. De plus, **certaines réglementations étaient véritablement supérieures sur le plan technique** et leur maintien était souhaitable.

- Au départ le législateur souhaitait réaliser l'unification du droit applicable en France, le maintien du droit local étant prévu pour une durée de 10 ans. Mais les alsaciens et les mosellans ont **manifestés le désir en 1919 et renouvelé en 1945 de conserver certaines règles du droit allemand** qui étaient techniquement supérieures au droit français. Le droit local est maintenant admis sans limitation de durée depuis une **loi du 24 mai 1951**.

- Le droit local n'est applicable que dans certains domaines limités dans lesquels la législation française n'a pas été introduite. Ces domaines sont celui de la publicité foncière avec l'existence d'un **livre foncier** ; des **associations et des fondations** qui ont un statut particulier ; des baux et d'une réglementation particulière du **contrat d'assurance**. Certaines matières sont soumises à un régime dérogatoire : c'est le cas de la sécurité sociale, de l'aide sociale, du droit du travail, de l'organisation judiciaire avec des règles particulières concernant les **juridictions**, les **auxiliaires de justice**, la **procédure...** Le **régime des cultes** est particulier, il est régi par le concordat de 1801, abrogé en vieille France par la loi sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat de 1905. Il existe 4 cultes reconnus : le culte catholique, le culte juif et les 2 cultes protestants.

## II. - Les départements et territoires d'Outre-Mer

- Les départements et territoires d'Outre-mer ont un statut propre. Ils représentent près de 2 millions d'habitants. Mais il faut distinguer entre les départements et les territoires d'Outre-mer.

### A - Les départements d'Outre-mer

- Les départements d'Outre-mer sont d'anciennes colonies françaises. Ils sont au nombre de 4 : la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane et la Réunion. Ils ont le statut de départements français mais avec quelques adaptations. Le régime de ces départements est gouvernés par le **principe de l'assimilation**. La loi métropolitaine **s'applique de plein droit** sauf dispositions expresses contraires qui prévoit parfois une adaptation de la loi pour **tenir compte des données géographiques, économiques et démographiques des départements**. Le **maintien du droit local** ne peut jouer que pour tenir compte des particularités locales.

### B - Les territoires d'Outre-mer

- Les territoires d'Outre-mer sont la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, Saint Pierre-et-Miquelon, les Terres australes et antarctiques, les îles de Wallis et Futuna, l'île de Mayotte. Ces territoires sont soumis à **des régimes juridiques variables** en fonction des conditions **historiques** de leur **rattachement** au territoire français et de l'autonomie plus ou moins accentuée qu'il leur a été reconnue. Ils sont soumis au **principe de spécialité législative**. Les lois métropolitaines ne sont applicables qu'en vertu d'une **disposition expresse et par l'effet d'une promulgation et d'une publication locales**, faites le représentant du gouvernement français.
- Un accord de Nouméa du 5 mai 1998 s'engage dans un processus de décolonisation pour la Nouvelle-Calédonie. Il prévoit une période de transition jusqu'en 2014 au plus tôt et 2018 au plus tard, aux termes de laquelle la Nouvelle-Calédonie accédera à la « pleine souveraineté ».

## Section II : L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

- Nous avons déjà vu quand une loi entre en vigueur. Néanmoins, il faut se demander dans quelle mesure, elle va se substituer à la loi antérieure. L'entrée en vigueur d'une loi nouvelle peut créer un problème de **conflit de lois dans le temps**. Il faut organiser cette succession pour éviter l'instabilité juridique. Lorsque deux lois se succèdent, il faut déterminer à quels faits s'appliquent la loi nouvelle. Cependant, les faits régis par la loi ne sont pas tous instantanés. Il arrive bien souvent qu'une situation juridique se prolonge dans le temps (ex. mariage, contrat de location, de travail, etc..). Il faut donc déterminer la loi applicable pour les **situations juridiques** qui ont commencé sous l'empire de la **loi ancienne** et qui se poursuivent sous celui de la **loi nouvelle**. Le problème de conflits de lois dans le temps a une **importance pratique** considérable, étant donné l'inflation des textes législatifs et réglementaires.

*ex. Divorce aboli en 1816. Que se passe-t-il pour ceux qui se sont mariés avant 1816 alors que le divorce était possible à cette époque ?*

- Parfois, le législateur prévoit dans le corps du texte de la loi nouvelle, ses **modalités d'application dans le temps** et prévoit des **mesures transitoires**, chargé d'aménager la transition entre la loi nouvelle et le régime antérieur. Les dispositions du législateur s'applique **prioritairement** aux règles de conflits de lois dans le temps. Mais **s'il est muet** sur ce point, le **juge** doit recourir à l'application d'un certain nombre de **principes**.

- Les individus ont besoin de **sécurité juridique** : ils accomplissent les actes de la vie juridique en fonction de la législation en vigueur à l'époque où ils agissent. Mais la loi est supposée réaliser une **amélioration par rapport à la loi ancienne**. Donc, le besoin de justice rend son application rapide nécessaire. De plus, **l'égalité entre les citoyens** peut conduire à appliquer **généralement et immédiatement la loi nouvelle** pour que tous les citoyens soient régis par la même loi. **Sécurité juridique, égalité des citoyens et amélioration du droit**, le législateur a tenté de poser des principes répondant à ces deux exigences contradictoires. Ceux-ci sont énoncés à l'article 2 du Code civil : "**La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif**". Deux principes résultent de cette proposition : le principe de non-rétroactivité des lois (§1) et le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle (§2). Chacun de ces principes sera étudié successivement.

## § 1 : LA NON-RETROACTIVITE DES LOIS

L'article 2 pose le principe de la non-rétroactivité des lois (I) mais l'application de ce principe connaît certaines limites (II).

### I. -Le principe de non-rétroactivité

- Une loi est rétroactive lorsqu'elle s'applique à des situations juridiques constituées avant sa mise en vigueur, ainsi qu'aux effets passés de cette situation.

- La loi n'a pas, en principe, d'effets rétroactifs, ce qui signifie qu'une loi est sans application aux situations juridiques dont les effets ont été entièrement consommés sous l'empire de la loi ancienne. Il ne faut donc pas appliquer une loi à des actes ou des faits juridiques qui se sont passés antérieurement au moment où elle a acquis effet obligatoire. Une loi nouvelle ne peut modifier ou effacer des effets juridiques qui se sont produits sous l'empire de la loi ancienne.

**ex. 1** : La loi du 8 mai 1816 a supprimé, en France, le divorce. Des époux qui ont divorcé avant la loi du 8 mai 1816 ne peuvent voir leur divorce remis en cause. La loi ne peut pas remettre en cause des situations juridiques valablement créées sous l'empire de la loi en vigueur au moment de leur constitution.

**ex. 2** : La loi du 31 décembre 1917 a modifié l'article 755 du Code civil en matière de succession. Avant cette loi, il était possible d'hériter d'un parent, jusqu'au douzième degré. Depuis cette loi, il n'y a plus, en principe, de vocation successorale au-delà du sixième degré. Maintenant, imaginons une succession ouverte en 1916 et qui a été liquidée conformément aux prescriptions de la loi en vigueur. Le partage a été fait et l'actif successoral a été mis en possession des collatéraux du huitième degré. Il est clair que cette succession ne sera pas remise en cause par la loi de 1917 qui lui est postérieure.

- Le principe de non-rétroactivité est une règle qui apparaît non seulement rationnelle mais encore juste.

Il faut, en effet, protéger la liberté de l'homme contre la loi. L'homme a besoin de sécurité juridique. Or, il n'y aurait plus aucune sécurité si on pouvait remettre en question les actes passés par les individus conformément aux prescriptions légales.

Imaginons une loi selon laquelle les testaments doivent être faits devant notaire sous peine de nullité. Si la loi est rétroactive, elle s'appliquera à tous les testaments antérieurement et à leurs effets passés. Toutes les successions dévolues par testament avant l'entrée en vigueur de la loi seront remis en cause. Si les dispositions testamentaires conféraient à X des immeubles, il s'en trouve dessaisi par l'effet de cette loi. Or, X a pu conclure, entre temps des conventions relatives à ces biens : ces opérations tomberont alors automatiquement.

De plus, on peut faire valoir que si les lois avaient un effet rétroactif, il n'y aurait plus aucun intérêt à les respecter. En effet, n'importe quelle prescription impérative pouvait être remise en cause, respecter la loi ne serait même plus un gage de sécurité. N'importe quel agissement, pourtant régulier, pouvant être remis en cause par une loi nouvelle et inconnue.

- Cependant, il ne faut pas exagérer la portée du principe de non-rétroactivité des lois nouvelles. En effet, ce principe ne s'impose en réalité qu'aux juges et aux autorités administratives. Il ne s'agit que d'un principe d'interprétation. En l'absence de dispositions transitoires, le juge doit appliquer la loi nouvelle sans rétroactivité.

- On peut d'ailleurs observer que les juges ne respectent pas toujours cette règle, notamment à l'occasion de revirement de jurisprudence. En effet, ces revirements vont s'appliquer aux litiges en cours. Il y aura donc rétroactivité car les plaideurs ont constitué une situation juridique sous l'empire de l'ancienne jurisprudence et se voient appliquer la nouvelle jurisprudence. Mais il n'agit pas là d'une véritable exception dans la mesure où il n'y a pas, à proprement parler, de véritable loi nouvelle. En revanche, d'autres cas de figures apparaissent comme de sérieuses limites au principe de la non-rétroactivité des lois.

## II. - Les limites au principe de non-rétroactivité

- A la différence de la Constitution de l'an III, le principe de la non-rétroactivité des lois ne figure pas dans notre Constitution. Le **Préambule** n'impose que la **non-rétroactivité des lois pénales**. Aussi, ce principe de non-rétroactivité est un principe qui ne s'impose **qu'au juge**. Le **législateur** peut y porter atteinte, de façon directe en adoptant des lois expressément rétroactives (A), soit de façon indirectes, en adoptant des lois "faussetment" interprétatives (B). Il faut noter qu'il est de mauvaise politique d'édicter des lois rétroactives, qui ruine toute sécurité juridique. Une particularité du droit pénal implique les lois pénales plus douces soient toujours rétroactives (C).

### A - Les lois expressément rétroactives

- En matière pénale, il n'est pas possible d'édicter une loi expressément active lorsque la loi est plus sévère (nouvelle incrimination, aggravation de la peine, suppression de circonstances atténuantes...) Il s'agit d'une principe constitutionnel inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Le Conseil Constitutionnel veille à son respect et annule les lois qui y porterait atteinte.
- En matière civile, les lois expressément rétroactives sont possibles mais elles sont **rare**s. Elles interviennent souvent en période exceptionnelle. On pourrait citer ainsi quelques lois prises à la Révolution, comme celle de 1794 qui a réformé le système des successions et déclarée applicable pour toutes les successions ouvertes depuis 1789 ! On a du refaire toutes les successions liquidées avec les principes nouveaux. Il y eut aussi une loi du 27 juillet 1940 qui a exonéré les chemins de fer de leur responsabilité à l'égard des transports effectués depuis l'invasion allemande. Ces lois exceptionnelles, rétroactives correspondent à des périodes à des périodes troublées de l'Histoire où il existe **une volonté de faire table rase du passé**. Les lois ne sont rétroactives que si le législateur l'a expressément prévu. Aujourd'hui ces lois sont très rares. On peut cependant noter, assez récemment, la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation comportant un article 47 disposant : «les dispositions des articles 1er à 6 s'appliqueront dès la publication de la présente loi, même aux accidents ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication, y compris aux affaires pendants devant la Cour de cassation». La disposition donnant un caractère rétroactif à la loi est bien expressément exprimée.

### B - Les lois interprétatives

- Une loi est interprétative lorsqu'elle vient seulement "**préciser et expliquer le sens obscur et contesté d'un texte déjà existant**" (Soc. 20 mars 1956) On considère alors que la loi nouvelle **fait corps avec la loi ancienne**, qu'elle n'est qu'une partie, un prolongement de la loi ancienne. Aussi, la jurisprudence décide que la loi interprétative **rétroagit** au jour où la loi ancienne est entrée en vigueur. Ce procédé législatif est critiqué car le rôle d'interprétation **n'appartiendrait qu'aux tribunaux** et non au législateur et surtout parce que parfois, sous couvert d'interprétation, la loi "interprétative" ajoute à la loi ancienne qu'elle est chargée d'interpréter.

- Un tel procédé est assez **contestable**. Par définition, si le législateur éprouve le besoin d'intervenir, c'est parce qu'il n'est pas d'accord avec une interprétation jurisprudentielle : il change donc le droit existant. Il a été utilisé lorsque le législateur voulait **contrecarrer une interprétation jurisprudentielle** qu'il contestait. Cette intervention est limitée par le fait que la jurisprudence ne se considère pas liée par l'intitulé de la loi et **vérifie si elle est bien rétroactive**. Le juge veille ainsi au respect du principe de non-rétroactivité.

### C - Les lois pénales plus douces

- Lorsqu'une loi pénale plus douce entre en vigueur, soit parce qu'elle **réduit la peine encourue**, soit parce qu'elle **supprime l'infraction** ou une **circonstances aggravante**, par exemple, elle s'applique immédiatement à

toutes les situations juridiques pénales, **même nées avant son entrée en vigueur**. C'est, ce qu'on appelle la rétroactivité "*in mitius*". Les délits antérieurs sont jugés conformément à la loi nouvelle, car il semble normal de considérer que si une loi pénale nouvelle est plus douce, c'est parce que la **sévérité antérieure n'a plus d'utilité sociale**. Si le législateur estime inutile de maintenir une sanction plus sévère pour un comportement délictueux déterminé, il n'y a aucune raison de continuer à l'appliquer à des délits antérieurs à la loi nouvelle. Cette règle **spécifique à la matière pénale** a une valeur **constitutionnelle** et toute loi contraire serait donc annulée par la Conseil Constitutionnel sur le fondement de la **l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789**.

Aussi, le délinquant pourra t-il invoquer une loi pénale plus douce même pendant le procès. La Cour de cassation **annulera** simplement la décision mais ne cassera pas la décision qui n'a pas violé la loi. Le 5 sept. 2000, la Chambre criminelle a rappelé la règle : « Les dispositions d'une loi nouvelle s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée ». La Cour de cassation a, par exemple récemment, annulé de nombreuses décisions rendues avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 modifiant l'art. 121-3 du Code pénal sur les délits d'imprudence, dans un sens plus favorable aux délinquants. Si la décision a acquis l'autorité définitive de la chose jugée, sa condamnation n'est plus remise en cause.

## § 2 : L'EFFET IMMEDIAT DE LA LOI NOUVELLE

- Nous étudierons le principe de l'effet immédiat dans un premier temps (I). Mais nous verrons que ce principe ne s'applique qu'en matière extra-contractuelle. En effet, en matière contractuelle, c'est un autre principe qui est applicable : celui de la survie de la loi ancienne (II).

### I. Le principe de l'effet immédiat

- **La loi nouvelle s'empare des situations juridiques nées postérieurement à son entrée en vigueur** et s'applique immédiatement à eux. La loi nouvelle va aussi saisir les effets futurs (c'est-à-dire non encore réalisés) d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur qui seront régis par elle. La loi ancienne n'est plus applicable.

- **Le législateur peut donc modifier à tout moment les effets des situations juridiques en cours**. Il peut modifier les effets de la situation juridique du père (plus de droits pour le père naturel par la loi du 8 janvier 1993), de l'épouse (égalité des droits par la loi du 30 décembre 1985), du propriétaire (restriction des droits des propriétaires pour l'aliénation d'oeuvre d'art), etc... Leur qualité résulte d'une situation juridique qui est née dans le passé mais qui se prolonge dans l'avenir et dont le législateur modifie les effets futurs. Ainsi, par exemple, la loi du 3 janvier 1972 a voulu donner aux enfants (qu'ils soient légitimes ou naturels) des droits égaux, notamment sur le plan successoral. Cette loi n'a pas remis en cause les successions déjà ouvertes (effet non rétroactif) mais elle a été déclarée immédiatement applicable aux successions ouvertes et non liquidées ainsi qu'aux successions qui s'ouvriraient dans l'avenir.

- Il ne s'agit certainement pas d'un effet rétroactif, car comme le soulignait **Portalis**, "Détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car, si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus".

- Pour résumer, les conditions de validité et les effets passés sont soumis à la loi ancienne tandis que les effets à venir es situations non contractuelles en cours sont soumises à la loi nouvelle. 3 cas de figures doivent donc être distingués :

- Concernant **les conditions d'établissement des situations juridiques**, la loi nouvelle ne les remet pas en cause. Il n'y a pas rétroactivité de la loi nouvelle. Ainsi, imaginons qu'une loi nouvelle impose que chaque époux ait au moins 2 témoins pour se marier (alors qu'on exige qu'un par époux) : les mariages déjà célébrés avec un témoin par époux resteront valables.

- Concernant **les effets passés des situations juridiques antérieurement créées**, ils restent eux aussi soumis à la loi ancienne. La loi nouvelle ne s'applique pas à eux en vertu du principe de non-rétroactivité.

- Concernant **les effets futurs des situations juridiques antérieurement créées**, ils sont saisis par la loi nouvelle en vertu du principe de l'effet immédiat.

- Le principe de l'effet immédiat s'inspire de l'idée que la loi nouvelle est meilleure. Il faut donc que tous les individus en bénéficient. Cette solution est aussi nécessaire pour assurer une certaine harmonie juridique. Il est important que tous les individus soient soumis à la même loi. Cependant, ces considérations cède devant un autre impératif : celui de la sécurité juridique en matière contractuelle.

## II. Le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle

- **Il y a survie de la loi ancienne lorsqu'elle continue de régir des faits qui se situent après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, c'est-à-dire après l'abrogation de la loi ancienne.** La loi nouvelle ne va donc pas s'appliquer immédiatement mais la loi ancienne va régir **les effets futurs** nés sous l'empire de la loi nouvelle. La jurisprudence a décidé que **"les effets d'un contrat sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé"** (Com. 27 oct. 1969) Cela signifie donc que les contrats en cours d'exécution, lorsqu'entre en vigueur la loi nouvelle, continuent à être régis par le loi qui était en vigueur au moment de leur conclusion. La loi ancienne survit donc puisqu'elle s'applique **après son abrogation** et ceci dans tous les cas où une situation contractuelle est née avant elle.

- On explique cette exception par le fait que la situation contractuelle est largement laissée à la maîtrise de ceux qui l'ont créée. On peut considérer que la loi ancienne s'était **incorporée dans le contrat** (ex. statut d'une société rédigés selon la loi ancienne : ils ont acquis une nature contractuelle). Cette exception s'explique dans un **système libéral** où l'on privilégie **l'autonomie de la volonté sur la volonté du législateur**. Il est normal que les volontés des cocontractants ne soient pas déjouées par la suite. Il est nécessaire qu'existe une certaine **sécurité juridique** et les contractants peuvent être ainsi certains que l'équilibre qu'ils ont créé par contrat ne sera pas déjouer plus tard par une loi nouvelle.

- Néanmoins, il existe **une exception au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle** pour les **lois d'ordre public**. A chaque fois que le législateur l'impose parce qu'il veut **uniformiser toutes les situations juridiques**, quelles soient en cours ou celles qui sont à venir, il va décider que la **loi nouvelle est immédiatement applicable, même aux situations juridiques contractuelles en cours**. Il en va souvent ainsi lorsque la loi nouvelle exprime **un intérêt social tellement impérieux** que la stabilité des conventions ne saurait y faire échec. le seul fait que la loi nouvelle soit impérative au sens de l'article 6 ne saurait suffire à attester de l'existence d'un tel intérêt.

- En revanche, il en est fréquemment ainsi lorsque le législateur intervient en matière de **baux à usage d'habitation et professionnels**. C'est parfois aussi le cas en matière de **prêt d'argent** ou de contrat d'**assurance-vie, de droit du travail**. La survie de la loi ancienne ne sera écarté par le juge que s'il existe soit **disposition expresse du législateur** en ce sens, soit si pour des motifs tirés de l'ordre public, **"l'uniformité des situations juridiques doit l'emporter sur le respect des prévisions des parties"**. Cet ordre public doit être particulièrement grave et impérieux pour faire céder la sécurité des contractants pour des raisons sociales ou nationales. La Cour de cassation considère que cet ordre public impose l'uniformisation de certains situations, comme celle qui découlent de **l'exécution du contrat de travail**. En raison de l'abondante et impérative réglementation à laquelle est soumis le contrat de travail, sa nature n'est **plus vraiment contractuelle**. La jurisprudence décide alors que les lois nouvelle s'appliquent **aux effets futurs de tous les contrats de travail**, ce qui conduit à une juste **égalité** des citoyens devant la loi, quelque soit la date de leur contrat de travail. Ainsi, si une loi nouvelle accorde un avantage social aux salariés, il paraît juste que tous les salariés bénéficient de ce progrès social immédiatement. L'intérêt poursuivi justifie que le bienfait de la loi s'étende même aux contrats en cours.

## 2ème partie : LE DROIT , ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE PREROGATIVES : LES DROITS SUBJECTIFS

La règle de droit objectif que nous venons d'étudier confère aux individus des droits individuels, appelés **droits subjectifs**. Nous avons défini le droit subjectif comme étant **telle ou telle prérogative dont un sujet de droit est titulaire**. Le sujet de droit est donc celui qui possède **une aptitude juridique, qui a la possibilité d'être titulaires de prérogatives juridiques mais aussi d'être tenu d'obligations à l'égard des autres sujet de droit**. Le sujet de droit est, en fait, la **personne** envisagée dans sa **fonction juridique**.

Nous verrons dans un premier temps, les principales classifications des droits subjectifs (chapitre premier) puis dans un second temps, la preuve des droits subjectifs (chapitre II) et enfin dans un dernier temps, la sanction des droits subjectifs (chapitre III).

## Chapitre premier : LA CLASSIFICATIONS DES DROITS SUBJECTIFS

- Les droits subjectifs sont multiples. Ils ont fait l'objet de classifications les plus diverses. **Ces classifications sont très importantes.** Elles ne constituent pas une fin en soi. Mais il faut bien comprendre qu'à chaque catégorie de droit correspond un **régime juridique particulier**. Il est donc important de savoir à quelle catégorie appartient telle prérogative pour connaître **la nature du droit applicable**. On peut distinguer trois grandes classifications : celle qui classe les droits en fonction du **patrimoine** (Section I) puis celle qui oppose les droits réels aux droits personnels (Section II) et enfin celle qui distingue les droits mobiliers des droits immobiliers.

### Section I : LES DROITS PATRIMONIAUX ET LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

- La notion de patrimoine est au coeur de nombreuses constructions juridiques. Il convient donc de présenter cette notion (§1) avant d'envisager la distinction des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux (§2).

#### § 1 : NOTION DE PATRIMOINE

- **L'ensemble des droits et obligations de la personne juridique s'intègre dans son patrimoine.** Les rédacteurs du Code civil n'ont pas envisagé spécialement la notion de patrimoine. C'est au XIXe siècle qu'Aubry et Rau ont tenté de définir le patrimoine. Nous envisagerons la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau (I) avant d'exposer les critiques qu'elle a suscitées (II).

#### I. - La théorie classique d' Aubry et Rau

- Pour **Aubry et Rau**, "**le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit**". L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Dans cette théorie classique d'Aubry et Rau, le patrimoine présente trois caractères essentiels : la patrimoine est une **universalité juridique** (A), le patrimoine est **lié à la personne** (B) et la patrimoine ne contient **que des droits pécuniaires** (C).

#### A - Le patrimoine est une universalité juridique

- L'ensemble des droits d'une personne forme une **universalité** : son patrimoine. Cet ensemble forme un **seul bloc**. Ces droits sont liés les uns aux autres ; ils constituent une **universalité juridique**. Le patrimoine comporte deux compartiments. A **l'actif**, figurent tous les droits, les éléments qui ont une valeur **positive**. Au **passif**, figurent toutes les obligations, les éléments qui ont une valeur **négative**. A l'opposé, les simples **universalités de fait** (troupeau, bibliothèque ou le fonds de commerce sont un ensemble de choses ou de droits **sans passif correspondant**). **Le patrimoine est un ensemble de droits et de charges, actuels et futurs, dans lesquels les droits répondent des charges.**

- La principale conséquence résultant de l'universalité des éléments du patrimoine est **le lien qui existe entre l'actif et la passif**. Les éléments actifs d'un patrimoine, par exemple les droits de propriété et les droits de créance, sont liés aux éléments passifs, c'est-à-dire aux dettes de la personne. **L'actif répond du passif**. En conséquence, les créanciers de la personne peuvent se payer sur l'actif. Les créanciers **chirographaires** (celui qui n'a aucune sûreté réelle) ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2092 C. civ.). En effet, n'ayant aucun droit particulier sur un bien déterminé (comme les créanciers hypothécaires), ils ont, en vertu de cette notion d'universalité du patrimoine, d'un droit sur tous les éléments du patrimoine. L'ensemble des éléments de l'actif doit répondre du passif.

- Une autre conséquence de cette universalité explique les conséquences liées à la transmission du patrimoine à cause de mort. L'ayant cause hérite de son auteur le patrimoine dans son ensemble. **Le passif et l'actif étant liés, l'héritier recueille à la fois les droits de son auteur mais aussi ses dettes.** Cette transmission est dite à **titre**

**universel**, par opposition à celles qui peuvent être réalisées du vivant de la personne : les héritiers sont donc les **ayants cause universel**, s'ils recueillent la totalité du patrimoine de leur auteur, actif et passif étant nécessairement liés, **à titre universel**, s'il n'en reçoit qu'une fraction (1/4, 1/2, etc...). **Les ayants cause à titre particulier** ne reçoivent quant à eux qu'un élément de l'actif du patrimoine du défunt. Cette transmission de l'ensemble ne peut se produire qu'à l'occasion du décès de la personne, car le patrimoine est lié à la personne.

## **B - Le patrimoine est lié à la personne**

- Pour Aubry et Rau, le patrimoine est "**une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle**". De cela, en résultent plusieurs grandes conséquences : seules les personnes ont un patrimoine, toute personne a un patrimoine, toute personne n'a qu'un patrimoine.

- **Seules les personnes ont un patrimoine.** Il ne peut y avoir de patrimoine sans le support d'une personne, physique ou morale. Ceci explique pourquoi les **fondations** qui n'ont pas de personnalité juridique, n'ont pas, non plus, de patrimoine. **La fondation est l'affectation d'une certaine masse de biens à un but déterminé** (but charitable, culturel ou scientifique), par exemple à la création et au fonctionnement d'un hôpital ou à la conservation et l'étude des oeuvres d'un artiste déterminé, etc... Ceci est un sérieux obstacle puisque, par exemple, la fondation n'étant pas une personne, elle ne peut recueillir de dons ou de legs (un décret peut néanmoins conférer fictivement la personnalité à une fondation, si elle est reconnue d'utilité publique). Le patrimoine n'est pas seulement lié aux personnes physiques. **Les personnes morales, comme le sont les sociétés commerciales, par exemple, ont un patrimoine, différent de celui de ses associés**. Dès lors, c'est l'actif de la société qui répond de son passif, ses dettes.

- **Toute personne a nécessairement un patrimoine.** Le patrimoine est le **contenant** de ses droits et obligations. Ce n'est pas le **contenu** (langage courant). Toute personne physique ou morale a nécessairement un patrimoine, **même si son contenu est nul**. En effet, même si le passif est supérieur à l'actif, la personne n'en a pas moins un patrimoine. **Toute personne a un patrimoine parce qu'elle est apte à avoir des droits et des obligations, qui prendront place dans ce patrimoine.** Le patrimoine est lié à l'existence de la personne juridique. **Le patrimoine n'est donc pas transmissible entre vifs.** Une personne ne peut que céder des éléments de son patrimoine par exemple son droit de propriété sur tel immeuble, mais pas l'universalité de droit que constitue son patrimoine. En principe, selon la logique de la théorie, le patrimoine devrait disparaître avec le décès de son titulaire. Or, pour écarter cette conséquence fâcheuse, le législateur a recouru à une fiction empruntée en droit romain, **la continuation de la personne du défunt par l'héritier.** Le patrimoine du défunt va se **fondre** dans le patrimoine de l'héritier. A aucun moment, les droits et obligations ne restent sans titulaire. **L'héritier sera immédiatement titulaire des dettes et tenu des obligations dans les mêmes conditions que l'était le défunt.**

- **Une personne n'a qu'un patrimoine.** L'héritier n'est pas titulaire de deux patrimoines, le patrimoine du défunt va se fondre dans le sien. On ne peut être deux personnes à la fois, on ne peut être titulaire de deux patrimoines. **Aussi, on ne peut isoler un bloc de droits et d'obligations que si on peut les rattacher à une personne juridique.** Ceci explique la différence qui existe entre le commerçant qui exerce individuellement son négoce et celui qui l'exerce sous forme de société. Dans le premier cas, le fonds de commerce est un élément du patrimoine du commerçant et les dettes résultant de l'exploitation de ce commerce seront compensés par tous les éléments actifs appartenant personnellement au commerçant. Tandis que le commerçant qui exerce sous forme de **société**, personne morale, a créé une autre universalité de droit, le patrimoine dont la société est titulaire. **Les deux patrimoines sont distincts.**

## **C - Le patrimoine ne contient que des droits pécuniaires**

- Pour Aubry et Rau, le patrimoine ne comprend que des droits de **valeur pécuniaire**, évaluables en argent, auxquels on réserve, pour cette raison, le qualificatif, de droit patrimonial, par opposition aux droits non pécuniaires (droit au nom, de la personnalité, d'exercer l'autorité parentale, etc...). L'idée est que les droits sans valeur pécuniaire sont hors du patrimoine parce qu'ils ne peuvent être saisis par les créanciers.

## **II. - Critiques de la théorie classique**

- La théorie d'Aubry et Rau a fait l'objet de critiques, tant sur le plan **théorique** que quant à ses conséquences **pratiques** : on a pu soutenir que la notion classique de patrimoine était beaucoup trop **étroite** et constituait donc une gêne au développement économique.

- En premier lieu, on a fait valoir qu'il était sans fondement de cantonner la théorie du patrimoine sur le plan économique et d'en exclure les droits sans valeur pécuniaire. En effet, de nombreux droits de la personnalité ont **une incidence pécuniaire** (droit de la filiation, droit à l'intimité de la vie privée, droit de l'auteur sur son oeuvre, etc...)

- On a aussi surtout critiqué **ce parallélisme excessif entre personnalité et patrimoine**. En effet, **la vie des affaires** souffre de la règle d'indivisibilité du patrimoine. Une même personne, physique ou morale, peut avoir des secteurs d'activités différents. Il serait souhaitable alors de **pouvoir isoler les masses de biens et de dettes** qui correspondent à chacun des secteurs. Ainsi, il serait souhaitable qu'un commerçant puisse isoler les dettes et les droits relatifs à l'exercice de son activité commerciale **sans les confondre** avec ceux relatifs à sa **vie familiale**. S'il pouvait ainsi isoler une masse de biens déterminée, il mettrait à l'abri sa famille contre le risque de faillite. Pour parvenir à ce résultat, les commerçants sont alors tentés d'exercer leur profession sous forme de société, **créant artificiellement une personne juridique**, dans le seul but, pas toujours atteint, d'établir **un écran entre leur patrimoine familial et celui affecté à l'exercice du commerce**. On a proposé une conception plus moderne : **le patrimoine d'affection**. La destination ou la finalité constituerait un facteur de regroupement des biens. Ainsi, par exemple, l'affectation de certains biens à l'exercice du commerce et le but commercial des engagements pris dans cette activité, permettent d'isoler une masse cohérente de droits et de dettes. La théorie du patrimoine d'affectation permettrait de **réaliser des universalités de droits sans sujet de droit**.

- Certains **droits étrangers** rejettent la notion de patrimoine lié à la personnalité. Le droit **anglo-saxon** ne l'a jamais admise. Le **droit allemand** et le **droit suisse** l'ont abandonnée. Pour ces droits, une personne peut céder de son vivant son patrimoine et surtout, une même personne peut avoir plusieurs patrimoines. Sans renier la théorie d'Aubry et Rau, notre législateur moderne y a quelque peu porté atteinte. Ainsi, une **loi du 11 juillet 1985** a créé l'**E.U.R.L.** (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) et l'**E.A.R.L.** (entreprise agricole à responsabilité limitée), une société commerciale ou agricole composée **d'un seul associé**. L'idée est bien de créer un patrimoine d'affectation, puisqu'on crée une personne distincte du commerçant ou de l'agriculteur dans le seul but d'établir un patrimoine distinct. Le droit civil connaît de semblables fictions créées dans l'unique but d'établir des universalités de droit affectées à une finalité particulière.

## § 2 : LA CLASSIFICATION DES DROITS EN FONCTION DU PATRIMOINE

- Nous envisagerons d'abord le critère de distinction (I) avant d'examiner sa portée (II).

### I. - le critère de distinction

- Même si elle est imparfaite, la distinction entre droits patrimoniaux et droits extra-patrimoniaux a le mérite d'être **simple** et de rendre assez bien compte d'une réalité sociale. Seuls font partis des éléments actifs du patrimoine, les droits patrimoniaux. Le principe de classement est simple : seuls les droits **évaluables en argent** sont des droits patrimoniaux.

- Certains droits ont **une valeur pécuniaire** ; ils peuvent s'apprécier en argent. On peut ainsi citer, le droit de propriété, le droit de créance.

- Certains droits ont seulement **une valeur morale**. On peut citer le droit à une filiation déterminée, le droit au nom, le droit à l'intimité de la vie privée, le droit à l'honneur, etc...

- Il ne faut **exagérer la portée de cette distinction** puisque **la lésion d'un droit extra-patrimonial** peut donner lieu à une indemnité de nature **pécuniaire** (action fondée principalement sur l'article 1382 du C. civ.). Néanmoins, la distinction entre droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux produit certains effets importants.

### II. - La portée de la distinction

- Les droits extra-patrimoniaux s'opposent aux droits patrimoniaux en ce qu'ils sont **hors commerce**. Ils présentent un certain nombre de caractères communs :

- **Les droits extra-patrimoniaux sont intransmissibles**. Ils ne sont pas transmis aux héritiers du patrimoine. Ils s'éteignent avec la personne. Le principe subit quelques atténuations (possibilité d'exercer une action en vue de protéger sa mémoire, sa réputation, sa pensée mais cette action appartient au conjoint, aux proches parents, donc pas nécessairement ceux qui ont hérité des droits patrimoniaux).

- **Les droits extra-patrimoniaux sont insaisissables** : les créanciers n'ont aucun droit quant à l'exercice de ces droits extra-patrimoniaux. En principe, cela ne représente aucun intérêt pour eux puisqu'ils ne sont pas évaluable en argent (mais lésion évaluable et pourtant insaisissable).

- **Les droits patrimoniaux sont indisponible, cad hors commerce**. cela signifie qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une convention, d'une renonciation. Ce type de convention serait nulle de nullité absolue. L'article 16-5 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994, consacre ce caractère extra-patrimonial du corps humain : «Les conventions, ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles». Non seulement il est interdit de «monnayer» le corps ou ses éléments mais il est également impossible de conclure toute convention portant sur le corps. Le corps est indisponible. L'article 16-7 le décide expressément à propos de ce que certains ont pu appeler les «locations d'utérus» : «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle». Les conventions de mère-porteuse sont donc nulles. Ainsi une future mère ne peut renoncer par convention à son droit de reconnaître son enfant et s'engager à l'abandonner à la naissance. Un père ne peut s'engager à ne exercer son action en désaveu de paternité, un enfant à exercer son action en recherche de paternité, etc...

- Ce principe comporte un certain nombre **d'exceptions** (loi du 29 juillet 1994 sur la renonciation du père qui a consenti à l'insémination artificielle avec donneur de sa compagne d'exercer une action en contestation de la reconnaissance : art. 311-20 C. civ.) De la même, les conventions portant sur le corps humain sont admises lorsqu'elles sont relatives à une atteinte légère et non définitive (coupe de cheveux, don de lait maternel ou de sang), ou qu'elles ont un but thérapeutique (contrat médical) ou un but scientifiques (loi du 20 décembre 1988) avec des conditions très particulières et rigoureuses, notamment de gratuité comme l'indique l'article 16-6 du Code civil: «Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci».

- **Les droits extra-patrimoniaux sont imprescriptibles**. Ils ne s'éteignent pas par leur non-usage. Ils peuvent donner lieu à une action judiciaire sans limitation de délai (ex. : nom) (sauf exception : nombreuses en matière de filiation).

## **Section II : LES DROITS REELS ET PERSONNELS**

- *Nature de l'opposition droit réel et droit personnel :*

- Le droit réel est le **droit qui porte directement sur une chose, un pouvoir dont une personne est titulaire sur cette chose**. Le droit de **propriété** est un droit réel, il donne à son titulaire les pouvoirs les plus complets sur une chose.

- **Le droit personnel ou obligation s'exerce contre une personne. c'est le droit dont une personne, appelée le créancier, est titulaire contre une autre personne, appelée le débiteur, lui conférant le pouvoir de contraindre celle-ci à faire ou à ne pas faire quelque-chose à son profit**. Par exemple, le droit tiré d'une convention relative à une prestation de service, permet au créancier d'exiger du débiteur qu'il accomplisse sa prestation.

- Cette division entre droit réel et droit personnel est très ancienne. Elle trouve son origine dans la procédure romaine. Des **différences profondes** existent entre droits réels et droits personnels :

- **Les droits personnels sont en nombre illimité**. En effet, en raison du principe de la liberté des conventions, les contractants peuvent, par leur volonté, créer des rapports juridiques que le législateur n'avait pas prévu. Par contre, **les droits réels sont en nombre limité**. C'est la loi qui, seule, est susceptible de créer les droits réels, de préciser les pouvoirs d'une personne sur une chose. **Le rôle de la volonté est nulle**, il n'existe pas de droit réel en dehors d'une loi.

- **Le droit réel est opposable à tous**, tandis que le droit personnel n'est opposable qu'au débiteur. En effet, le droit réel est opposable à tous, il a un **caractère absolu**. Comme il porte directement sur une chose, il ne

peut être ignoré des tiers, il ne peut être méconnu par autrui. **Les tiers sont tenu de respecter le droit réel.** Or, pour que le titulaire du droit réel puisse opposer son droit aux tiers, il faut parfois qu'il ait effectué une publicité. Là où une **publicité** est organisée, elle est sanctionnée par l'opposabilité aux tiers du droit non publié. Ainsi, en cas de ventes successives du même bien, le propriétaire n'est pas celui qui a acheté le bien immobilier le premier, mais celui qui a publié le premier. De la même façon, on ne saurait opposer à l'acheteur d'un bien immobilier, une hypothèque sur ce bien, alors qu'elle n'avait pas été publiée.

Au contraire, le droit personnel n'est opposable qu'au débiteur. Le droit personnel a un **caractère relatif**. Le droit personnel n'oblige pas les tiers, il n'oblige que le débiteur. Néanmoins, il ne faudrait pas exagérer cette différence, car le droit de créance existe à l'égard de tous. Cependant, les tiers peuvent ignorer la convention, et on ne saurait les obliger à une convention à laquelle ils sont étrangers.

- **Le droit personnel est un droit actif**, une créance, envisagé du côté du créancier, et un élément passif, une dette, si on l'envisage du côté du débiteur. Le droit réel est toujours un élément d'actif : il n'entraîne aucune dette dans le patrimoine.

Après avoir étudié la nature de l'opposition entre droit réel et droit personnel, nous envisagerons successivement les droits réels (§1) et les droits personnels (§2). Cependant, nous verrons que cette classification est incomplète puisqu'elle n'envisage pas les droits qui ne portent ni sur une chose ni sur une personne, mais sur une activité intellectuelle ou sur soi-même, les droits intellectuels et les droits de la personnalité. Ces droits ne sont ni réels, ni personnels (§3).

## § 1 : Les droits réels

- Le droit réel est, dans la théorie classique, **un rapport juridique immédiat et direct entre la personne et une chose**. La théorie classique distingue deux catégories de droits réels : les droits réels dits principaux (I) et les droits réels dits accessoires (II).

### I. - Les droits réels principaux

- Les droits réels principaux sont le droit de propriété et les démembrements de ce droit.

#### - **Le droit de propriété :**

- L'article 544 du Code civil dispose, "la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements". De cette définition, en résulte que le propriétaire d'une chose a **tout pouvoir sur la chose**. le droit de propriété est un **droit absolu et total**. Cet ensemble de pouvoirs peut se décomposer en trois attributs :

- **d'user de la chose** (*usus*) : le propriétaire peut se servir de sa chose ou peut la laisser inutilisée ;

- **de jouir de la chose** (*fructus*) : la jouissance pour le propriétaire est d'abord le droit de faire fructifier son bien ou de le laisser improductif. Quand un bien est mis en valeur, la jouissance consiste dans le droit de **percevoir les fruits** de toutes sortes que produit cette chose (fruits naturels : cueillette, moisson, vendange mais aussi fruits civils : encaissement des loyers) ;

- **de disposer de la chose** (*abusus*) : le propriétaire a le droit de conserver la chose, de l'abandonner, la donner, la vendre, la détruire. Ce droit a subi des atteintes législatives, telle celle résultant du droit de préemption qui permet à son bénéficiaire de se substituer à l'acquéreur, par la possible expropriation par l'Etat pour cause d'utilité publique (art. 545 C. civ.), par la nationalisation, par l'interdiction faite aux propriétaires de détruire leurs bâtiments sans autorisation administrative (art. L. 430-1 du C. urbanisme), etc...

#### - **Les démembrements du droit de propriété :**

Les attributs du droit de propriété peuvent se trouver dissociés entre plusieurs titulaires. La propriété se trouve alors démembrée. On peut relever l'existence de l'usufruit, la servitude, l'emphytéose.

- **L'usufruit et la nue-propriété** : L'usufruit est un démembrement du droit la propriété qui confère à son titulaire l'**usus et le fructus** sur la chose, tandis que le droit d'aliéner la chose, l'**abusus**, se trouve entre les mains d'une autre personne, le **nu-propriétaire**. L'usufruit est un droit nécessairement **viager**, c'est-à-dire qu'il s'éteint à la mort de son titulaire et ne se transmet pas.

- **Les servitudes** : La servitude consiste dans le droit du propriétaire d'un fonds de se servir de certaines utilités du fonds voisin. ainsi, par exemple, il existe des **droits de passage**, des droits de puiser de l'eau. La servitude est attachée à un fonds, quel que soit le propriétaire. Même en cas de ventes successives, la servitude reste attachée

au fonds. Le fonds qui bénéficie de la servitude est appelée **fonds dominant**, le fonds qui supporte la servitude est appelé **fonds servant**.

- **L'emphytéose**: C'est le droit qu'a le locataire sur la chose qui a été louée pour une durée qui varie de **18 à 99 ans**. L'emphytéose devrait conférer comme à tout locataire, un droit personnel. La loi a décidé qu'il s'agissait d'un droit réel étant donné la longueur du bail. Le bail emphytéotique est très rare en pratique.

## II. - Les droits réels accessoires

- Pour garantir l'exécution de sa créance, le créancier exige parfois d'avoir, en plus du droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur, un **droit direct sur une ou plusieurs choses appartenant à son débiteur**. C'est un droit réel car il porte directement sur la chose mais il est accessoire, parce qu'il est l'accessoire d'une créance. Ce sont des **sûretés réelles**, en ce qu'elle assure l'exécution de la créance en exerçant un pouvoir sur une chose. Ces sûretés réelles sont l'**hypothèque**, qui est une sûreté qui porte sur un immeuble et le **gage**, qui est une sûreté mobilière dont il existe de nombreuses variantes se distinguant principalement par l'absence ou non de dépossession de la chose.

- Le créancier muni d'une sûreté réelle bénéficie d'avantages par rapport au simple créancier chirographaire.  
- Alors que les **créanciers chirographaires** viennent en concours et se partagent la patrimoine du débiteur, le créancier muni d'une sûreté réelle bénéficie d'un **droit de préférence** qui lui permettra de se payer le premier sur le prix de la chose sur laquelle il a un droit réel ;  
- le titulaire d'une sûreté réelle a un **droit de suite** qui lui permettra de saisir la chose en quelques mains qu'elle se trouve, même si la chose a été vendue.

## § 2 : Les droits personnels ou de créance

- Les droits personnels ou de créance ont pour objet la personne du débiteur, ou plus exactement, **l'activité de celui-ci**. Le créancier a le pouvoir d'exiger du débiteur qu'il exécute sa prestation. Mais, la situation du débiteur n'est pas analogue à la chose sur laquelle porte un droit réel. Le créancier **ne dispose pas de tous les pouvoirs sur la personne du débiteur**. En cas d'inexécution, dans la **Rome archaïque**, la situation du débiteur n'était pas très différente de celle d'une chose. S'il ne payait pas sa dette, il était enchaîné (le mot obligation vient des mots liés et enchaînés), mis à mort ou réduit en **esclavage**. Aujourd'hui la sanction de l'inexécution ne se fait plus sur la personne du débiteur, mais **sur ses biens**. On ne peut contraindre physiquement une personne à faire ce qu'elle ne veut pas. L'atteinte à la liberté individuelle serait trop grande. Aussi, **toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts (art.1142 C. civ.)**. La **contrainte par corps** (droit de faire emprisonner le débiteur qui n'exécute pas) a été abrogé en **1867** (sauf pour les dettes à l'égard du Trésor public et pour les infractions pénales). Le droit de créance atteint donc indirectement l'actif du patrimoine du débiteur.

- Les droits de créance font naître des **obligations de faire**, de **ne pas faire** ou encore de **donner** (signifie de transférer la propriété). Ces obligations trouvent leurs source soit dans la **loi**, soit dans le contrat, c'est-à-dire la **volonté** des parties. Les obligations, ou droits personnels, s'acquiescent le plus souvent par des **modes originaires**. Cela signifie que c'est le contrat qui va créer l'obligation entre le vendeur et l'acheteur ou la loi qui va imposer au responsable d'un accident de réparer le dommage.

- Les obligations peuvent aussi se **transmettre**. A titre onéreux et entre vifs, on parle de **cession de créance**. Cette cession a une importante pratique considérable en **droit commercial** (lettre de change, chèque, billet à ordre). A cause de mort, les créances vont être **transmise à la personne qui succède** au défunt qui va devenir le nouveau créancier. On distingue les transmissions **universels** (contenu entier du patrimoine : ayant cause universel), à **titre universel** (fraction du patrimoine : ayant cause à titre universel) ou à **titre particulier** (un élément du patrimoine : ayant cause à titre particulier). Lorsqu'un droit est transmis d'une personne à une autre, ce droit n'est pas modifié par cette transmission. Le titulaire du droit a changé, non le droit lui-même. (Règle : **Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet**). Ainsi, celui qui vend un immeuble grevé d'un hypothèque ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a et l'acheteur, même s'il l'ignorait, sera propriétaire d'un immeuble hypothéqué).

- **L'extinction** du droit personnel peut résulter de l'**exécution** par le débiteur de son obligation (un **paiement**) ou d'une remise de dette consentie par le créancier. Le droit personnel peut aussi s'éteindre par la survenance d'un **terme (événement futur et certain dont l'arrivée retarde l'exigibilité d'un droit ou entraîne son extinction)** extinctif ou d'une **condition (événement futur mais incertain)** résolutoire qui étaient stipulés par les parties.

L'action en justice visant à sanctionner un droit personnel est **prescriptible** (délais les plus courant : 10 et 30 ans).

### § 3 : Les droits ni réels, ni personnels. Deux catégories oubliées : Les droits intellectuels et les droits de la personnalité

- Des **reproches** ont été adressés à la théorie classique qui distingue entre droit réel et droit personnel. Le plus important est que la théorie est **incomplète** : elle ne comprend pas tous les droits. En effet, il existe **des droits qui ne s'exerce pas sur un chose ou contre une personne**. Ils existent des droits qui n'ont **pas de sujet passif** : ils ne s'exercent contre personne.

- Ce sont d'abord **les droits de la personnalité**, comme le droit au nom, à l'honneur, à la liberté, à la vie. Ils ressemblent à des droits réels car ils sont **opposables à tous, sans obliger personne** mais ils ne portent pas sur des choses mais sur des **prérogatives immatérielles**. Ils ne sont ni des droit réels, ni des droits de créance. Ces droits ont **pour objet la personne même du sujet** de droit. La limite des droits de la personnalité est difficile à fixer. Faut-il y inclure toutes les libertés ? Certains auteurs pensent qu'il faut limiter la catégories aux **"droits qui visent la garantie et l'épanouissement de la personne elle-même"** (Ghestin). Les droits de la personnalité sont des droits **extra-patrimoniaux** et obéissent au régime qui est le leur.

- Les **droits intellectuels** ne s'exercent pas non plus contre une personne, ou sur une chose. Ils échappent eux aussi à la classification classique. Leur objet est **immatériel, incorporel**. Il consiste dans **l'activité intellectuelle** de leur titulaire. On peut les classer en deux groupes. Tantôt le droit a pour objet une oeuvre **intellectuelle**, le plus souvent artistique, tantôt il porte sur une **clientèle** commerciale (fonds de commerce). Il s'agit en fait d'un droit d'exploitation. L'usage s'est établi de parler de **"propriété"** littéraire, artistique ou commerciale. Il est vrai qu'il confère à leur titulaire, **un véritable monopole d'exploitation**. Mais il ne s'agit pas d'un véritable droit réel, et encore moins un droit de propriété. Les différences considérables entre un objet matériel et un objet incorporel interdisent de calquer sur le régime des droits réels. Les droits intellectuels tendent à se multiplier, et certains flottements juridiques ont **incité le législateur à intervenir pour protéger** ces biens particuliers résultant de l'activité humaine (ex. loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique intégrée dans le **Code la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992** ; loi sur la protection en matière de création de logiciels).

## Section 3 : LES DROITS MOBILIERS ET IMMOBILIERS

- La classification des droits mobiliers et des droits immobiliers résulte de **la classification des meubles et des immeubles**. On a critiqué cette extension. La distinction est simple : **sont mobiliers, les droits qui portent sur un meuble et sont immobiliers, les droits qui portent sur un immeuble**. Les droits sont mobiliers ou immobiliers, selon l'objet auxquels ils se rapportent. Cette classification est apte à distinguer tous les droits subjectifs. En effet, c'est le sens de l'article 516 du Code civil qui dispose, **"tous les biens sont meubles ou immeubles"**. Les biens, c'est les droits et les choses. Dès lors, les droits mobiliers sont un peu une catégorie "fourre-tout", puisque, finalement, **sont mobiliers, tous les droits qui ne sont pas immobiliers**. Aussi, **même les droits qui ne portent pas sur une chose**, comme les droits personnels ou les droits intellectuels sont classés dans la catégorie des droits mobiliers. Or, la catégorie des droits immobiliers peut se réduire aux seuls droits réels portant sur un immeuble. Ce système ne correspond pas à la classification des meubles et des immeubles. Il aurait fallu **limiter cette classification aux choses**. Car, qualifier le droit de propriété sur un immeuble, de droit immobilier, procède d'une **confusion entre la chose et le droit qui porte sur la chose** et qui n'a rien de plus immobilier que tout autre droit.

### I. - Les droits immobiliers

- L'article 526 du Code civil dispose, **"Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble"**. Les rédacteurs du Code civil ont omis de mentionner le plus important des droits immobiliers, **le droit de propriété portant sur un immeuble**. Cela démontre que les rédacteurs du Code civil **ont confondu le droit et l'objet sur lequel il porte**. Pour eux, le droit de propriété portant sur un immeuble est un droit immobilier par nature. Il faut ajouter à cette liste, l'emphytéose, c'est-à-dire **tous les droits réels principaux portant sur un immeuble**. Sont aussi immobiliers, tous **les droits réels accessoires** portant sur un immeuble, le principal étant l'hypothèque. Pour les rédacteurs du Code civil, sont immobilières **les actions qui tendent, même indirectement, à revendiquer un immeuble**. Ainsi, l'action **pétitoire** par laquelle une personne revendique la

propriété d'un immeuble, est de nature immobilière. L'action **possessoire**, par laquelle une personne entend faire cesser le trouble subi dans sa possession de l'immeuble, est aussi une action immobilière.

## **II. - Les droits mobiliers**

- L'article **527** du Code civil prévoit deux catégories de meubles : "**les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi**". L'article **529** donne une liste de ces droits (à lire). On y trouve **les droits des associés dans les sociétés** des capitaux, appelés **actions** et les droits des associés dans les sociétés de personne appelés ici **intérêt**. En effet, la société étant une personne juridique titulaire d'un patrimoine différent de celui des différents associés, c'est elle qui est propriétaire des différents immeubles composant son patrimoine. Même celui qui a fait apport d'un immeuble à la société, est seulement titulaire d'un **droit personnel, de créance** à l'égard de celle-ci de nature **mobilière**. L'article 529 qualifie également de mobilière, les **rentes perpétuelles ou viagères**, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers. Cette précision était utile pour rompre avec la solution inverse de l'ancien droit. Cette liste n'est pas limitative car la jurisprudence décide que **tous les droits qui ne sont pas immobiliers, sont nécessairement mobiliers**. Naturellement y figure, les **droits réels portant sur un meuble** mais aussi beaucoup d'autres droits puisque sont mobiliers, tous les droits qui ne sont pas immobiliers. Dès lors, sont mobiliers, **les droits personnels, les droits intellectuels** (droits de propriété littéraire et artistique, les droits de la propriété industrielle portant sur des brevets d'invention, des marques de fabrique). Le **fonds de commerce est considéré comme un ensemble de droits ayant un caractère mobilier**. C'est un droit incorporel distinct des différents éléments qui le compose (même des immeubles) qui est toujours de nature mobilière. Ce n'est pas non plus une chose.

### **Chapitre II : LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS**

**Prouver est faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain ; la preuve est donc ce qui sert à établir qu'une chose est vraie.**

**En matière judiciaire**, il s'agit de convaincre le juge de la vérité de l'allégation. (Ghestin et Goubeaux) Elle permet à celui qui se prévaut de l'affirmation de la faire tenir pour vraie et d'en **tirer les bénéfices juridiques** qui y sont attachées. **Cette matière présente un intérêt pratique considérable** et bien souvent l'issue d'un procès dépend directement de la preuve d'un droit. Celui qui perd son procès est bien souvent celui qui n'a pas pu apporter la preuve de l'existence du droit allégué. Finalement, il ne suffit pas d'être titulaire d'un droit pour obtenir satisfaction. Encore faut-il pouvoir en établir l'existence. Aussi, même si **l'existence du droit et sa preuve sont fondamentalement différents**, puisque le droit ne dépend pas, dans son existence de la preuve qui peut en être rapportée, il n'en demeure pas moins, **qu'en pratique, ils sont très liés. Quel intérêt y a-t-il à être titulaire d'un droit, si on ne peut en établir l'existence et donc en bénéficier ? Dès lors, on affirme, depuis le droit romain que n'avoir pas de droit et ne pouvoir le prouver sont des situations équivalente pour la personne !**

**Avant de voir comment prouver, il faut auparavant, et c'est l'objet de cette section préliminaire, déterminer ce sur quoi doit prouver la preuve, en clair quoi prouver,**

#### **Section préliminaire : L'OBJET DE LA PREUVE**

- **L'objet de la preuve est ce sur quoi doit porter la preuve.** Or, la détermination de l'objet de la preuve est commandée par la **distinction du fait et du droit**. En effet, tous les droits subjectifs dont une personne est titulaire ont été acquis à la suite **d'un acte ou d'un fait juridique**. Ils constituent la source des droits subjectifs. **C'est ce fait ou cet acte juridique qui doit être prouver par celui qui invoque à son profit un droit subjectif**. Ainsi, par exemple, une personne qui se prétend créancière d'une autre au titre de la réparation du dommage qui lui a été causé à l'occasion d'un accident. Elle devra rapporter la preuve de la réalité de l'accident, l'importance du préjudice qu'elle a ressenti à cette occasion, ces éléments étant les faits pertinents à prouver.

- **Par principe, les parties n'ont pas à prouver l'existence, le contenu ou la portée des règles juridiques qu'elles invoquent pour appuyer leur prétention.** Il n'est pas nécessaire pour celui qui invoque un droit subjectif à son profit **de prouver la règle de droit objectif qui lui reconnaît telle prérogative**, tel droit subjectif. En effet, les parties doivent elles-mêmes faire la preuve des faits qu'elles allèguent mais elles n'ont pas à faire la preuve de la règle de droit qui leur reconnaît un droit subjectif. C'est au juge qu'il appartient de vérifier l'existence et le sens de la règle de droit.

- Par exception, **l'existence de certaines règles de droit doit être rapportée par les parties**. Le juge est en droit de les ignorer. Il en est ainsi **des usages et coutumes** qui doivent, en cas de contestation, être établis dans leur existence et dans leur teneur par celui qui s'en prévaut. On a vu que cette preuve peut être facilitée par la délivrance de parères délivrées par les Chambres de commerces qui en attestent l'existence. La preuve de l'existence et du contenu **des lois étrangères** doit également être rapportée par les parties. Là encore, il ne peut être reproché au juge français d'ignorer toutes les lois étrangères. Le juge va se contenter de déclarer la loi étrangère applicable. Il appartiendra aux parties de rapporter le contenu de la loi applicable.

- **En définitive, les parties prouvent les faits et le juge applique la loi qu'il doit connaître**. Les parties n'ont pas à prouver la loi (sauf coutume, usages et loi étrangère : les parties doivent apporter la preuve de leur existence et de leur contenu). C'est le sens de 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"**. Quand au rôle du juge, il est précisé à l'article 12 alinéa 1 : **"Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables"**. Très souvent, les parties indiquent au juge la norme juridique qu'elles estiment applicables, mais il s'agit là d'une simple suggestion, d'un simple avis, car la loi reconnaît au juge le pouvoir de "donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. (art. 12 alinéa 2)" Aux parties, le fait ; au juge, le droit ».

- Les parties doivent prouver les faits qu'elles allèguent. **Il faut noter que notre procédure civile est organisée selon un modèle contradictoire. Le juge est, en principe, neutre au procès civil**. Il se borne à trancher à trancher deux prétentions opposées. Cependant, ce principe tend à s'effacer lorsque le juge agit, pour les besoins du litige, en véritable juge d'instruction civil. **L'article 179 du nouveau Code de procédure civile lui permet de procéder "aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux"**. L'article 10 du NCPC donne pouvoir au juge de prendre des mesures d'investigations en matière de preuve : **"Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles"**.(Cf. égal. art. 143 NCPC). Les parties sont tenues **d'apporter leur concours** aux mesures d'instruction civile sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de la produire à peine de d'astreinte. Le juge peut, encore à la requête de l'autre partie, demander la production de tous les documents détenus par des tiers s'il existe pas d'empêchement légitime (art. 11 NCPC). **Le principe du procès contradictoire oblige le juge à inviter les parties au débat à chaque fois d'un élément nouveau est mis en évidence par une mesure d'instruction** (art. 146 NCPC).

- La preuve des droits subjectifs soulèvent deux questions : qui doit prouver ? C'est le problème de la charge de la preuve (Section 1). Comment prouver ? C'est le problème des procédés de preuve déterminés par la loi, c'est-à-dire la manière dont doit se faire la preuve (Section 2).

## **Section I : LA DETERMINATION DE LA CHARGE DE LA PREUVE**

- Il est capital de savoir **lequel des deux adversaires au procès a la charge de la preuve**, au moins lorsque rien ne peut être établi ni par l'un, ni par l'autre. **Dans ce cas, celui sur qui pesait la charge de la preuve perdra son procès**. C'est sur lui que pèse **le risque de la preuve**. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler : **"l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve"** (Soc. 31 janv. 1962, Bull. IV n°105).

- C'est à propos des obligations, **dans les articles 1315 à 1369 que le Code civil expose l'essentiel des règles de fond concernant la preuve**. La solution n'est pas satisfaisante car la généralisation des solutions posent parfois des difficultés. L'article 1315 du Code civil donne la solution de principe en matière de charge de la preuve (§1) mais la loi apporte des exceptions à ce principe en posant des présomptions légales (§2).

### **§ 1 : LE PRINCIPE**

- L'article 1315 du Code civil, pourtant relatif à la preuve des obligations, est considéré comme ayant une portée générale. Il pose, dans deux alinéas, les règles qui permettent de déterminer qui supporte la charge de la preuve : **"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"**.

- Suivant l'article 1315 du code civil, il convient de distinguer celui qui réclame et celui qui se prétend libéré :

L'alinéa 1er dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Interprétée en terme généraux, cette règle est la traduction de l'adage : "**Actor incumbit probatio ; reus in excipiendo fit actor**". Ce qui signifie : "**au demandeur incombe la charge de la preuve**". On peut donc ériger en principe général, "La preuve incombe à celui qui avance la réalité d'un fait" (Mazeaud et Chabas). Généralement, la place du « demandeur à la preuve » coïncide avec celle de demandeur à l'instance : c'est celui qui saisit le juge et qui forme la première prétention et la première affirmation, qui doit agir sur le terrain de la preuve.

**L'alinéa 2 ajoute : « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».** Là encore, en généralisant, il apparaît que celui qui se prétend libéré a pour charge d'en rapporter la preuve. Or, il est rare qu'une personne saisisse la Justice pour qu'il soit constaté qu'elle ne doit plus rien. En fait, le plus souvent, c'est lorsqu'elle est assignée en Justice qu'elle va prétendre qu'elle ne doit rien. Elle a dû quelque chose mais elle n'est plus débitrice.

**- A travers l'article 1315 du Code civil se dessine ainsi le dialogue entre les parties qui caractérise le procès civil.**

- Au cours de ce dialogue, **le défendeur peut se contenter de nier les faits allégués par le demandeur et adopter une attitude purement passive.** Ainsi si le demandeur veut engager la responsabilité pour faute du défendeur, il lui appartient d'apporter la preuve d'une faute imputable au défendeur. **Le défendeur peut demeurer purement passif et l'issue du procès dépendra du succès du demandeur dans l'administration de la preuve.** Mais, le plus souvent, **le défendeur est actif : il invoque un fait grâce auquel il entend paralyser la demande.** Dans notre exemple, le défendeur va tenter de démontrer qu'il n'a pas commis de faute, qu'il a eu une attitude diligente, qu'une autre personne placée dans les mêmes circonstances aurait agit de la même façon.

- De ce fait, le défendeur qui invoque un fait de nature à faire échouer la requête du demandeur, **se place lui aussi dans la situation d'un demandeur : il lui appartient d'apporter la preuve du fait qu'il invoque.** (*Reus in excipiendo fit actor* : le défendeur joue le rôle de demandeur chaque fois qu'il invoque une exception). Ainsi, au cours du procès, **la charge de la preuve peut peser alternativement sur chacune des parties, au fur et à mesure qu'elles avancent de nouveaux faits qui ont pour effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve.** L'ordre théorique de la production des preuves n'est donc pas toujours suivi par les parties. Chacune des parties contribue à la recherche de la vérité et le juge lui-même intervient le plus souvent de façon active. La loi a accordé au juge des pouvoirs d'initiative dans le domaine de la preuve : il peut ordonner des expertises destinées à établir la réalité des faits et donc l'éclairer dans son jugement.

- La règle que nous venons de présenter a un aspect trop théorique. Elle ne rend pas non plus compte du fait que le demandeur ne doit pas tout prouver. **Il est certains faits qui sont d'une telle évidence, qu'il n'est pas nécessaire d'en apporter la preuve.** Ainsi celui qui invoque une situation normale n'a pas à la prouver. Celui qui se prévaut du fait qu'à minuit, la visibilité était très réduite, n'a pas à prouver ce fait. Par compte s'il veut démontrer qu'en raison d'un éclairage artificiel ou d'un clair de lune, la visibilité était excellente, devra le prouver. **La charge de la preuve pèse sur celui des deux adversaires qui veut démontrer un fait contraire à la réalité apparente** (Thèse Gény, repris par Mazeaud et Chabas). De nombreux auteurs soutiennent que **celui qui doit faire la preuve est celui contre lequel l'apparence existe.** Il faudrait donc apprécier, dans chaque cas, où est la situation normale pour attribuer la charge de la preuve. On peut relever, par exemple, qu'a priori, toute personne jouit d'une pleine capacité juridique et qu'il appartiendra donc à celui qui entend démontrer l'incapacité du contractant de la prouver. De même, a priori toutes les situations et tous les actes sont conformes aux prescriptions légales. Il appartiendra à celui qui se prévaut du contraire de le prouver.

- Cependant, si cette idée de l'apparence explique un certain nombre de solutions, **elle ne suffit pas toujours pour expliquer toutes les situations.** Ainsi, que décider si une personne veut récupérer les deniers qu'elle prétend avoir prêté et que l'autre prétend avoir reçu à titre de donation. Quelle est l'apparence ? Dans de telles situations, il faut revenir à la règle selon laquelle c'est au demandeur, celui qui agit est celui qui a versé l'argent, qu'il appartient d'apporter la preuve du prêt. Un arrêt de la CA de Paris (D. 2000-776, note Mich-Y-Llado) a rappelé récemment cette solution : « *Il appartient à celui qui revendique la chose de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don* » (donc nécessité de rapporter la preuve du prêt). Si cette preuve est apportée, il appartient au défendeur, celui qui détient les fonds, de démontrer que finalement le prêteur avait ultérieurement renoncé à sa créance, en faisant donation des fonds prêtés.

## § 2 : LES PRESOMPTIONS LEGALES

- **Très souvent, il est extrêmement difficile de prouver le fait même qu'on désire établir.** On peut néanmoins relever un certain nombre de circonstances qui rendent très probables l'existence du fait qu'on arrive pas à établir. Pour venir en aide au demandeur, il existe un certain nombre de présomptions. **Une présomption, c'est déduire d'un fait connu l'existence d'un fait inconnu.** Il y a, selon l'expression de Bartin, "**déplacement de la preuve**". On n'exige plus de demandeur la preuve du fait précis sur lesquels il fonde ses droits, **mais un fait voisin, plus facile à prouver, duquel on va en déduire l'existence du fait inconnu.**

- **L'article 1349 du Code civil énumère deux sortes de présomptions.** Cet article dispose, en effet, "**Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu**". Les conséquences déduites par la loi sont de présomptions légales. Les conséquences déduites par le magistrat sont **des présomptions de l'homme.** Les présomptions de l'homme sont des procédés de preuve. On les envisagera plus loin. En revanche, les présomptions légales sont analysées comme des dispenses de preuve. Le plus souvent, il suffira d'établir un fait plus facile à prouver et la loi en déduira l'existence du fait inconnu. Il y a alors un renversement de la charge de la preuve. Ces présomptions s'imposent au juge : il doit obligatoirement appliquer la déduction prévue par la loi. **Les présomptions sont simples ou irréfragables.**

### **I. - Les présomptions légales simples**

- **La présomption simple, dite également présomption relative est celle qui souffre le preuve contraire.** Il s'agit donc d'une conséquence que la loi tire d'un fait connu mais qui peut être renversée par la preuve contraire. Il est donc possible de démontrer que la conséquence que la loi tirait du fait connu n'existe pas en l'espèce. On peut apporter la preuve contraire. **Il faut noter qu'en principe, c'est-à-dire à défaut de disposition contraire, les présomptions légales sont simples.**

- La loi a édicté un certain nombre de présomptions simples qui se caractérisent par la vraisemblance de la conséquence déduite. **Ainsi, la loi présume que la personne qui a l'apparence d'être titulaire de certains droits, en est véritablement titulaire.** En effet, la possession d'un bien fait présumer **la propriété** ou n'importe quel droit réel. De même, celui qui a la possession **d'état d'enfant légitime** est présumé être un enfant légitime.

- Le juge est souverain dans l'appréciation de cette preuve contraire.

- Les règles relatives aux présomptions simples constituent des règles de preuve. A ce titre, elles s'appliqueraient immédiatement au procès en cours.

### **II. - Les présomptions légales irréfragables**

- **Les présomptions dites irréfragables ou absolues sont des présomptions légales contre lesquelles la preuve contraire n'est pas possible.** Il n'est pas permis de démontrer l'inexistence de la conséquence déduite par le législateur du fait connu. **Le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.** Le bénéficiaire d'une présomption irréfragable est donc dispensé de faire la preuve de la circonstance dont il se prévaut pour bénéficier d'un droit. L'article 1352 alinéa 1er du Code civil énonce cette caractéristique : "**La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe**". Son adversaire ne peut pas démontrer l'inexistence de cette circonstance.

- **Les présomptions irréfragables sont des règles de fond qui modifient la situation juridique d'une personne :** elles ne s'appliqueraient qu'aux faits futurs. Les présomptions irréfragables sont énumérées limitativement par la loi. **Une disposition expresse est nécessaire.**

- L'article 1352 du Code civil précise que les présomptions irréfragables existent dans deux séries d'espèces : "**Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, ...**".

- **Le législateur, en vertu de présomptions irréfragables, annule certains actes.** Ainsi l'article 911 du Code civil présume que qu'une donation faite au proche parent d'un incapable de recevoir est, en réalité, destinée à cette personne même. La loi présume, de façon irréfragable, **la fraude. C'est une présomption d'interposition de personnes.** Ainsi une donation faite par un patient à l'épouse ou à un enfant de son médecin sera réputée faite au médecin, frappée d'une incapacité spéciale de recevoir à titre gratuit, en vertu de l'article 909 (à lire).

- Une autre présomption d'interposition de personne est prévue à l'article **1100** du Code civil (à lire) qui prévoit que le testament ou la donation en faveur des enfants du conjoint issus d'un précédent mariage est présumée être, en réalité faite au conjoint. Il s'agit alors d'une donation déguisée entre époux qui est, à ce titre, nulle de nullité absolue en vertu de l'article 1099 (à lire). La loi présume aussi la fraude lorsqu'elle prévoit que les conventions passées entre le tuteur et le pupille sont nulles, en vertu de l'article 472 alinéa 2 du Code civil (à lire). Il y a une présomption irréfragable de fraude dont il n'est permis de prouver l'inexistence.

- **Le législateur, en vertu de présomptions irréfragables, dénie certains actions en justice.** La loi va alors accorder au défendeur une exception qui va lui permettre d'écarter l'action de son adversaire. Ainsi, l'article **1282** présume que le paiement a été effectué lorsque le créancier a remis le titre de créance au débiteur. Le créancier ne peut plus agir. De même, l'article 222 présume que l'époux qui se présente pour accomplir un acte juridique sur un meuble qu'il détient individuellement, a le pouvoir pour accomplir cet acte. Cette présomption irréfragable est une grande protection pour les tiers qui sont ainsi dispensés de rechercher si le détenteur a effectivement le pouvoir d'accomplir seul des actes juridiques sur le meuble qu'il détient.

- Une autre présomption irréfragable, d'une grande importance pratique, est prévue par l'article 1351 du Code civil. **Cette présomption irréfragable est liée à la décision de justice.** Il est nécessaire, en effet, que ce qui a été définitivement jugé ne puisse être remis en cause. Sans cette présomption, il n'existerait aucune sécurité juridique et il n'y aurait aucune fin au procès. Les nécessités de l'administration judiciaire implique l'existence d'une règle absolue qui consacre l'autorité absolue des décisions de justice. **Il existe donc une présomption irréfragable d'autorité de la chose jugée qui tient pour vrai ce qui a été définitivement jugé.** On ne peut dès lors remettre en cause une décision définitive, même en apportant la preuve contraire, tel l'aveu ou le serment. Nous reviendrons sur les conditions d'application de cette présomption lorsque nous envisagerons l'action en justice.

## **Section 2 : LA DETERMINATION DES PROCEDES DE PREUVE**

Pour déterminer les procédés de preuve admis par le droit, il faut au préalable analyser la nature de la prétention émise par le demandeur, celui sur qui pèse la charge de la preuve : que veut-il prouver ? En effet, nous verrons que notre droit n'admet pas tous les procédés de preuve (§ 1). Ce point résolu, nous examinerons les différents procédés de preuve existants (§ 2).

### **§ 1 : L'ADMISSIBILITE DES PROCEDES DE PREUVE**

Domat a pu écrire : "**La preuve, c'est tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité**". Dès lors, on aurait pu concevoir que le droit admette tous les modes de preuve envisageable quel que soit la circonstance dont le demandeur invoque l'existence. **Or, dans notre droit, tous les modes de preuve ne sont pas également admissibles : il existe une certaine hiérarchie entre eux.** Certains s'imposent au juge, d'autres laissent au juge sa liberté d'appréciation. Notre droit a donc adopté un **système mixte** en matière de preuve. Dans certaines hypothèses, **la preuve est légale.** Cela signifie que le législateur et non le juge apprécie la valeur des procédés de preuve. Dans d'autres hypothèses, **la preuve est libre,** c'est-à-dire que le juge apprécie en conscience si le fait est ou non prouvé.

Cette opposition se traduit par **deux systèmes de procédés de preuve**. **Le système de la preuve légale correspond à la preuve des actes juridiques ; tandis que le système de la preuve libre correspond à la preuve des faits juridiques.**

Pour connaître les procédés de preuve admis par le droit, il faut examiner la nature de la prétention de celui sur qui pèse la charge de la preuve : Veut-il prouver un acte ou un fait juridique ? Cette distinction entre actes et faits juridiques (I) est donc fondamentale pour déterminer les règles de la preuve. Nous verrons, en effet, que les actes juridiques (II) ne se prouvent pas comme les faits juridiques (III).

#### **I. - La distinction des actes et des faits juridiques**

Elle repose sur une distinction **sur les circonstances d'après lesquelles une personne se prétend titulaire d'un droit.** La classification que nous allons maintenant étudier **est fondée sur la volonté ou l'absence de volonté de ceux qui créent le droit.** Toute personne peut en principe, modifier sa situation juridique. L'acte de

volonté par lequel une personne va modifier sa situation juridique, est un **acte juridique (A)**. Sa situation juridique peut se modifier en dehors sa volonté ou même contre sa volonté. Cette modification résulte alors de la survenance d'un **fait juridique (B)**.

## A - Les actes juridiques

- **L'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à modifier une situation juridique, à produire des effets de droit.** Ces effets de droit sont la **création**, l'**extinction** ou la **transmission** d'un droit subjectif. Nous n'envisagerons ici que les différentes classifications des actes juridiques.

- **Lorsqu'un acte juridique est la manifestation de la volonté d'une seule personne, on l'appelle acte unilatéral.** Une personne peut modifier seule sa situation juridique mais ne peut, de sa seule volonté **modifier la situation juridique d'un tiers**.

**L'occupation, l'abandon** d'une chose. La personne, par sa seule volonté, devient propriétaire ou perd son droit de propriété. **Le testament** est aussi un acte unilatéral. C'est l'acte juridique en vertu duquel le testateur règle sa succession pour le temps où il ne sera plus, en faisant échec aux règles de la dévolution légale. Seule la volonté du testateur intervient ; celles des légataires n'est pas requise au moment de la rédaction du testament : ils peuvent d'ailleurs en ignorer l'existence. Puisqu'il s'agit d'un acte unilatéral, les légataires, visés par le testament, peuvent refuser le legs. On peut également citer **la reconnaissance d'un enfant naturel**, qui est un acte juridique unilatéral de nature extra-patrimonial.

**On se pose la question de savoir si un acte juridique unilatéral peut être générateur d'obligations.** Il est bien certain qu'une personne ne peut de sa seule volonté créer une obligation à la charge d'un tiers. Mais on peut se demander si une personne peut de sa seule volonté, créer à une obligation au profit d'un tiers. **C'est l'engagement unilatéral de volonté** qui suscite un débat doctrinal. La jurisprudence admet quelques hypothèses d'engagement unilatéral (offre).

- **Lorsque l'acte juridique entraîne la modification juridique de plusieurs personnes, toutes ces personnes doivent donner leur accord de volonté. Cet acte juridique, accord de volonté de plusieurs personnes, est appelé convention.** C'est un terme générique. **Le contrat** est une espèce particulière de convention. Le contrat, c'est l'acte juridique plurilatéral **créateur** d'obligations. Les autres actes juridiques, qui ont pour but de modifier ou d'éteindre une obligation sont des conventions. Il faut cependant remarquer qu'en pratique et même dans le Code civil, **on emploie indifféremment le terme convention ou contrat**.

## B - Les faits juridiques

- **Il y a fait juridique lorsque l'événement a créé, transmis ou éteint un droit sans qu'une personne ait voulu ce résultat.** Le fait juridique peut être **un fait naturel, c'est-à-dire l'oeuvre de la nature** : un décès, la maladie, etc... Ce fait naturel va produire des conséquences juridiques : naissance de prérogatives, extinction de droits, etc... Le fait juridique peut être **le fait de l'homme, c'est-à-dire l'oeuvre de l'homme**. Celui qui commet une maladresse et blesse quelqu'un, a accompli un fait juridique. Il n'a pas voulu cet événement et les conséquences juridiques. Même si l'événement est intentionnel (ex. meurtre ou assassinat), il s'agit toujours d'un fait juridique **parce que son auteur n'a pas voulu les conséquences juridiques** (obligation d'indemniser, sanctions pénales). Et quand bien même les aurait-il voulu, ce n'est sa volonté qui est la source de ses conséquences juridiques mais bien **la loi qui est la seule source du droit subjectif** dont va être titulaire la victime de ce fait juridique.

- Cette classification des actes et faits juridiques a une importance capitale, surtout dans le domaine de la preuve, car **la qualification de l'événement détermine directement le régime de la preuve**.

## II. - La preuve des actes juridiques

- Il convient ici de distinguer la preuve de l'existence d'un acte juridique (A) et la preuve contre l'écrit qui constate un acte juridique (B).

## A - Preuve de l'existence d'un acte juridique

- Rappelons qu'un acte juridique est une manifestation de volonté ayant pour but de la création, la modification ou l'extinction d'un droit. Il s'agit d'un acte réfléchi, pensé. Dès lors, au moment de sa naissance, il est tout à fait possible de consigner cet acte juridique par écrit afin d'en conserver la preuve. **Il est tout à fait possible de préconstituer un écrit, de se ménager une preuve.** Cette circonstance explique la sévérité du législateur qui interdit la preuve des actes juridiques par un mode de preuve imparfait, considérés comme dangereux. Dès lors, la règle est que les actes juridiques se prouvent par une preuve parfaite. **C'est le sens de l'article 1341 alinéa 1er du Code civil.**

- Il convient de rappeler qu'il ne s'agit **que d'une règle de preuve.** Cela ne concerne **pas la validité des actes juridiques qui n'est soumise à aucune condition de forme,** donc pas à la rédaction d'un écrit. Cela ne concerne pas non plus l'interprétation de l'acte juridique. Si celui-ci est obscur, le juge peut avoir recours, par exemple, au témoignage pour déterminer ce que les parties ont réellement convenu. **Aussi paradoxalement, l'écrit n'est pas une condition de validité de l'acte juridique mais une nécessité quant à sa preuve.** On dit que l'écrit n'est exigé que *ad probationem* et non *ad solemnitatem*. Il faut noter une expression qui peut parfois prêter à confusion : le terme "acte". En effet, on peut remarquer qu'il est employé dans l'article 1341 mais dans le sens "d'écrit". Il faut prendre garde à ne pas confondre le terme "acte" dans le sens de l'acte juridique, manifestation de volonté, le *negotium* avec le terme "acte" dans le sens de l'écrit, *l'instrumentum*.

- **Il faut noter que cette règle ne concerne pas les tiers.** S'il s'agit pour eux de prouver une convention à laquelle ils sont étrangers, ils peuvent utiliser tous modes de preuve. **La convention constitue pour eux un fait juridique, pouvant se prouver par tout moyens.**

- Cette règle selon laquelle les actes juridiques ne se prouvent que par une preuve parfaite souffre **d'un certain nombre d'exceptions qui sont au nombre de 6.** Si l'une des ces exceptions trouve application, le demandeur pourra prouver l'acte juridique en ayant recours à une preuve imparfaite, plus facile à administrer.

**- Première exception : Le principe de la preuve parfaite pour un acte juridique est écarté lorsqu'il s'agit de prouver un acte dont le montant est inférieur ou égal à 5.000 F.** Cette somme a été fixée par un décret du 15 juillet 1980. La somme doit donc être réévaluée périodiquement. Mais elle n'a pas été modifiée depuis. Lorsque l'acte juridique concerne des affaires de moindre importance, l'usage n'est pas de constater cet acte par écrit. Cette formalité constituerait un important obstacle aux échanges économiques s'il fallait constater tous les accords par écrit. Les actes juridiques portant sur une somme inférieures ou égales à 5.000 F. se prouvent par tous moyens. Si l'objet du litige est une prestation indéterminée en valeur, la preuve par écrit est toujours requise. Il eut se poser des problèmes d'évaluation de l'objet en cause, notamment lorsqu'il ne s'agit pas directement d'une somme d'argent, mais d'une chose dont il faut apprécier la valeur. Dans ce cas, il appartient alors au demandeur de l'évaluer. Mais il sera lié par cette évaluation. En effet, l'article 1343 précise que « celui qui a formé une demande excédant le chiffre prévu à l'article 1341, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restraignant sa demande primitive ». Enfin si l'objet du litige est une prestation indéterminée en valeur, la preuve par écrit est toujours requise.

**- Deuxième exception : L'article 1347 du Code civil prévoit une exception à la règle de la preuve parfaite de l'acte juridique lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.** Les rédacteurs du Code civil en donnent une définition à l'alinéa 2 : "On appelle ainsi tout acte par 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". Ce texte exige la réunion de **3 éléments.**

- **Un écrit :** Il ne s'agit bien sur pas d'un écrit constatant l'accord de volonté puisque sinon, il suffit à prouver l'acte juridique. Il s'agit d'un commencement de preuve. N'importe quel écrit peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit : il peut s'agir de lettres missives, de papiers domestiques, de livres de comptes, d'un projet d'acte, d'un chèque, etc.... Tout écrit, même s'il n'avait pas été utilisé à titre de preuve. On peut aussi inclure dans cette catégorie l'écrit qui avait pour but de constater l'acte juridique mais dont le vice de forme l'empêche d'être pleinement probant. Cet acte inefficace à titre de preuve parfaite peut néanmoins constituer une preuve imparfaite. La jurisprudence a entendu cette notion de commencement de preuve par écrit de façon de plus en plus extensive. Elle a, par exemple, considéré que les paroles prononcées par le défendeur au cours d'une comparution personnelle et consignées par le greffier, pouvaient s'analyser comme un commencement de preuve par écrit. Cette solution jurisprudentielle a été consacrée par le législateur en 1975 et figure à l'alinéa 3 de l'article 1347 qui prévoit même que le refus de répondre pourra s'analyser comme un commencement de preuve par écrit. On peut d'ailleurs noter une certaine contradiction entre l'alinéa 1er et l'alinéa 3 puisque le premier que le commencement par écrit "existe" alors que l'alinéa 3 implique une naissance de l'écrit au moment

du procès (Mazeaud et Chabas). Certains juges ont même retenu comme étant un écrit, constituant un commencement de preuve, l'enregistrement de paroles sur un magnétophone.

- **L'écrit doit émaner de celui contre lequel le demande est formée (et non de celui qui s'en prévaut), ou de celui qui le représente.** La jurisprudence admet aussi que l'écrit émane de celui a été mandaté. Mais elle a refusé de considéré l'écrit émanant de l'avocat de celui contre lequel on veut prouver l'acte juridique. Cette condition est très importante, car si on admettait comme commencement de preuve l'écrit émanant d'un tiers, cela reviendrait à admettre le témoignage pour prouver un écrit.

- **Un écrit rendant vraisemblable le fait allégué :** Il faut donc que cet écrit soit pertinent, qu'il rende vraisemblable l'existence de l'acte juridique. Ainsi, on peut imaginer une lettre missive par laquelle l'emprunteur sollicite des délais pour le remboursement ou remercier le prêteur, etc...

Il faut, en dernier lieu, que cet écrit ne prouve pas : il constitue seulement un commencement de preuve. La Cour de cassation interdit au juge de se contenter de ce seul élément. Le commencement de preuve par écrit rend admissibles les procédés imparfaits de preuve, tel le témoignage. Le commencement de preuve doit donc être complété par d'autres éléments. Il ne suffit pas à lui seul.

- **Troisième exception : les copies.** Au moment de la rédaction du Code civil, les copies, telles qu'elles étaient réalisées à l'époque, **à la main**, ne méritaient pas grand crédit. Le copiste était souvent **un simple particulier** et rien ne garantissait la conformité de son oeuvre à l'original. Mais l'évolution des techniques de reproduction des documents -carbone, photocopie, informatique, ...- a nécessité une réforme en profondeur du système probatoire. Elle était nécessaire en raison notamment **des pratiques de conservation des chèques par les banques**. En effet, dans la nécessité d'en conserver la trace alors que leur stockage devenait irréaliste, on a pris l'habitude de reproduire les chèques sur microfilms avant de les détruire. Mais de ce fait, les banques et leurs clients ne pouvaient plus produire que des copies sans original à l'appui. **La loi du 12 juillet 1980** a opéré cette réforme. **Mais elle est restée prudente car on s'est méfiée des techniques pouvant permettre truquages et falsifications.** Elle n'a pas voulu qu'une pleine force probante soit accordée aux simples copies d'actes sous seing privé. Dès lors, les copies d'actes sous seing privé, mêmes certifiées conformes à l'original, qui étaient, avant 1980, dénuée de toute valeur probante, ont **acquis une valeur probante autonome**. Néanmoins, elles ne suffisent pas à démontrer l'existence de l'acte juridique. Cependant, la loi reconnaît un certain effet probatoire aux copies à **certaines conditions** :

- **Il faut en premier lieu qu'une partie ou le dépositaire n'ait pas conservé l'original.** L'original doit avoir disparu et cette disparition doit être prouvée.

- **En second lieu, il faut que la copie soit fidèle et durable.** La loi, dans l'article 1348 tente de définir ces caractéristiques : "**Est réputée durable, toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support**". Il s'agit de s'assurer que la copie n'est pas susceptible de falsification. La loi a pensé, en premier lieu, au **microfilm**. Mais la photocopie en est un autre exemple, on peut aussi songer au carbone ou au fax (mais problème la télécopie peut être manipulée dans la date qu'elle affiche). En l'état actuel de la science, rien ne permet d'affirmer qu'une copie est l'exacte réplique de l'original, sauf si la copie est certifiée conforme à l'original. Et même dans ce cas, quelle est la valeur de la conformité : elle est celle d'un témoignage.

Si la loi du 12 juillet 1980 a accordé **une certaine valeur probatoire** aux copies, **encore faut-il savoir laquelle**. Certains auraient voulu que la copie vaille l'original, quand bien même celui-ci ne pourrait être produit. Le législateur n'a pas voulu aller aussi loin. **Il s'est contenté d'affirmer que la copie fidèle et durable, sans valoir l'original, rendait recevable, dans un système de preuve légale, la présomption ou le témoignage.** Or, c'était s'arrêter en chemin. En effet, en vertu de l'art. 1347 (commencement de preuve par écrit), la Cour de cassation a donné un effet identique à toutes les sortes de copies, que la copie soit fidèle et durable ou non. **En effet, la Cour de cassation admet, en cas de commencement de preuve par écrit, la recevabilité de la preuve complémentaire par témoignages ou présomptions.** Par un arrêt du 14 fév. 1995 (J.C.P. 1995-II-22402, note Chartier), elle a décidé qu'une photocopie constitue un commencement de preuve par écrit. Une valorisation de la copie fidèle et durable, pour le rendre équivalente à l'original, est sans doute nécessaire. Par un arrêt récent, la Cour de cassation semble vouloir aller en ce sens. Elle a reconnu (Com., 2 déc. 1997) une pleine force probante à la télécopie « dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées ». La doctrine est divisée sur la portée de cette décision.

- **Quatrième exception : l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique.** Cette nouvelle rédaction résulte de la loi du 12 juillet 1980. **L'hypothèse d'une impossibilité purement "matérielle" n'a jamais reçu d'application** en jurisprudence et on ne voit les situations qu'elle recouvre. L'ancien texte citait l'exemple des dépôts faits par les voyageurs dans les hôtelleries mais il faut relever qu'il n'y a aucune impossibilité matérielle de se préconstituer un écrit. Il n'y a qu'une impossibilité morale. **Aussi est-ce l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit qui suscite une jurisprudence abondante** car cette

notion est entendue de façon assez large. **L'impossibilité morale résulte de relations de famille, d'affection, de subordination entre les parties, de pratiques professionnelles ou d'usages commerciaux** (vente de produits de luxe). Les exemples sont multiples en jurisprudence. Il a été décidé qu'il y a impossibilité morale pour un fils d'exiger un reçu de sa mère, ou pour un frère à l'encontre de sa soeur, ou encore de se préconstituer un écrit entre fiancés (lien de parenté et d'alliance). De même, il y a impossibilité morale pour un médecin d'établir par écrit ses visites. La même solution a été admise dans les rapports de maître à serviteur. On peut se demander si l'impossibilité morale existe entre simples amis ou entre concubins. Les auteurs ont des positions variées mais il semble qu'il n'existe aucune réponse absolue et qu'il convient, in concreto, dans chaque cas, d'examiner la réalité de l'affectation unissant les intéressés. **La jurisprudence apprécie de façon assez large cette notion d'impossibilité morale. C'est à celui qui se prévaut de cette impossibilité morale d'en apporter la preuve.** Là encore, s'il y a impossibilité de se préconstituer un écrit, les parties sont admises à prouver l'acte juridique par tout moyens.

- **Cinquième exception : Perte de l'écrit constatant l'acte juridique.** L'article 1348 prévoit à la lin du premier alinéa, la perte du titre qui lui (à l'acte juridique) servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Il faut établir l'existence préalable de l'écrit. Mais, il ne suffit pas que l'écrit ait été perdu. **Cette perte doit être due à un événement de force majeure**, c'est-à-dire un événement imprévisible et irresistible dont il faudra prouver l'existence (ex. incendie accidentel de l'immeuble dans lequel était conservé le document). **Il faudra également prouver l'existence antérieure du titre** détruit par cas fortuit. Si la perte de l'écrit par cas fortuit est démontré, la preuve pourra se faire par tout moyens.

- **Sixième exception : Les opérations commerciales entre commerçants.** Les caractéristiques de la vie des affaires rend impossible une exigence formaliste, même si elle est limitée à la preuve. La rapidité des opérations commerciales rend impossible la rédaction d'un écrit constatant cette opération. De nombreuses opérations commerciales ou financières sont conclues par téléphone, oralement. La preuve des opérations commerciales est donc libre, peut donc se faire par tout moyens. Il faut cependant préciser que **l'article 109 du Code commerce**, modifié par la loi du 12 juillet 1980, qui pose en principe cette liberté de la preuve, précise cette règle ne **joue "qu'à l'égard des commerçants"**. Dès lors, la jurisprudence en a déduit que s'il s'agit **d'un acte mixte**, c'est-à-dire conclu entre un particulier et un commerçants (ex. : vente entre un commerçant et un client civil), **la preuve est libre à l'égard du commerçant mais doit se faire par preuve parfaite à l'égard du civil.** Le régime de la preuve va donc dépendre de la qualité de personne commerçante ou civile de celui contre lequel la preuve est apportée. **Si le demandeur à la preuve est commerçant, il devra rapporter une preuve littérale ; si le demandeur à la preuve est civil, il pourra tenter de convaincre le juge par tout moyens.** Le législateur est intervenu pour exiger la preuve par écrit de certains contrats commerciaux spécifiques. Il en est ainsi du contrat de société, du contrat d'assurance.

## **B - Preuve contre l'écrit qui constate l'acte juridique**

- On suppose que le plaideur se trouve confronté à un acte juridique constaté par écrit ou dont la preuve a été faite par un commencement de preuve par écrit complété par une autre preuve. **Peut-il apporter une preuve contre et outre le contenu de l'acte juridique ?** L'article 1341 du Code civil précise : "il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre" (cad inférieure à 5.000 F.) **Celui qui voudrait donc démontrer que l'écrit est inexact ou incomplet ou a été modifié depuis par un autre acte juridique, devra se servir d'un procédé de preuve parfait.**

- **La première exception relative à la valeur de l'acte juridique est expressément écartée par la loi.** On peut dès lors se demander s'il ne convient pas d'écarter les autres exceptions. La jurisprudence a admis les autres exceptions, tant celles relatives à la commercialité des relations, que l'impossibilité d'établir un écrit ou encore le commencement de preuve par écrit. **Seule la première exception est écartée.**

## **C. Les conventions sur la preuve**

- **La jurisprudence a affirmé le caractère d'ordre privé des règles de preuve.** Ainsi, la Cour de cassation a admis que les parties au contrat puissent accorder valeur probatoire au document, pourtant dénué de toute signature, **résultant d'une transaction relative à l'utilisation d'une carte bancaire de paiement**, dès lors que le client avait composé son code confidentiel (Com. 8 nov. 1989 (deux arrêts), D. 1990-369, note Ch. Gavalda ; J.C.P. 1990-II-21576, note G. Virassamy).

- Le législateur a repris cette solution à l'occasion du vote de la loi sur la preuve électronique. Il résulte, en effet, de l'art. 1316-2 du Code civil que les règles sur la preuve peuvent faire l'objet d'un aménagement conventionnel. Les règles de preuve ne sont donc pas d'ordre public : elles ne s'imposent pas aux parties qui peuvent y déroger par conventions. La question a été vivement discutée en doctrine. La jurisprudence a décidé que pourvu que les conventions sur la preuve ne touchent pas à l'organisation judiciaire ou à la définition légale des pouvoirs des officiers publics, **les parties sont libres d'aménager le régime probatoire**, tout comme elles peuvent disposer de leurs droits.

- **Les parties peuvent librement déroger aux règles d'admissibilité de la preuve et prévoir que la convention établie pourra se prouver par tout moyens ou par d'autres modes.** En pratique, les conventions sont une limite très importante aux exigences probatoires relative aux actes juridiques. Il n'est d'ailleurs pas certain que cette liberté soit au-dessus de toute critique, dans la mesure où la preuve littérale peut avoir pour fonction de protéger la partie contractante faible, contrainte d'adhérer aux conditions imaginées par le cocontractant puissant. **On prive alors la partie faible de la protection que constitue la preuve légale.**

### III. - La preuve des faits juridiques

- Nous rappelons qu'un fait juridique est un événement qui peut survenir de façon soudaine ou inattendue. Les intéressées n'ont pas pu rédiger un écrit pour constater l'événement. La preuve écrite est peu concevable pour les faits juridiques. Aussi le législateur a prévu une quasi-liberté du juge pour fonder sa conviction. **Pour les faits juridiques, la preuve est libre. (art. 1348). Tout les procédés de preuve sont inadmissibles.**

## § 2 : LES DIFFERENTS PROCEDES DE PREUVE

- **On distingue les preuves parfaites et les preuves imparfaites.** Les premières sont, en principe, requises pour la preuve des actes juridiques. **Ces procédés de preuve lient le juge : il n'a aucun pouvoir d'appréciation (I).** Les preuves imparfaites sont admises pour les faits juridiques et pour les actes juridiques, par exception. **Ces preuves imparfaites sont laissées à l'appréciation souveraine du juge (II).**

### I. Les preuves parfaites

- Il existe 3 procédés de preuve dite parfaite : l'écrit, dit également preuve littérale (A), l'aveu judiciaire (B) et le serment décisoire (C). Seul le premier a une grande importance pratique.

#### A - La preuve littérale (l'écrit)

- Le Code civil distingue deux catégories de preuve littérale : **l'acte sous seing privé (1) et l'acte authentique (2).** (attention au terme : "acte". Il signifie ici "écrit").

#### 1. - Les actes sous seing privé

L'acte sous seing privé est l'écrit qui, contenant un acte juridique, comporte la signature des parties. C'est la seule condition de forme requise par la loi. Le support est indifférent. La signature n'est plus nécessairement manuscrite.

##### a) Le support

L'art. 1316 du C. civ. donne une nouvelle définition de la preuve littérale, laquelle est assimilée à l'écrit : « *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* ».

3 éléments composent cette définition de l'écrit :

1° une suite de signes ou de symboles : notamment lettres, caractères, chiffres ;

2° dotée d'une signification intelligible ;

3° sur un support indifférent : la preuve littérale ne requiert même plus l'existence d'un support papier.

Lorsqu'il s'agit d'un support papier, la loi n'exige pas que le texte soit manuscrit. **Elle admet les textes dactylographiés ou imprimés. L'acte sous seing privé peut donc prendre la forme de formules imprimées à l'avance. Cette possibilité a permis le développement des contrats-types. Le papier n'a aucune importance.** Il peut s'agir d'un papier timbré (paiement d'une taxe fiscale) ou d'un papier libre.

**Ce principe de liberté comporte deux atténuations** en ce qui concerne les contrats synallagmatiques et en ce qui concerne certains actes unilatéraux.

- Nous rappelons qu'un **contrat synallagmatique** est un contrat comportant des obligations réciproques, où chacune des parties est à la fois débitrice et créancière. Dans ce cas, il apparaît nécessaire, puisque chacune des parties est créancière, que chacune des parties se ménage une preuve dans le cas où le cocontractant refuserait d'exécuter son engagement. Cette formalité tend à assurer l'égalité entre les parties et ainsi éviter que l'une soit à la merci de son adversaire. **Aussi l'article 1325 du Code civil dispose : "Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt."** Cette formalité est appelée la formalité du "double original" ou du "double" car le plus souvent, il n'y a que deux parties à l'acte juridique. Cette formalité s'explique par la nécessité qu'a chacun d'apporter la preuve de l'obligation de l'autre. La Cour de cassation a néanmoins décidé qu'un seul original suffit, même pour un contrat synallagmatique, **quand il se trouve déposé entre les mains d'un tiers qui a pour mission de le produire à la requête de chacune des parties** (Par ex. Civ. 3e, 3 nov. 1968, Civ. 3e, 5 mars 1980). Aussi, en pratique, il suffit aux parties de rédiger un seul original et le déposer chez **un notaire** (coût moins élevé que la rédaction d'un acte authentique). **Il faut aussi noter que cette formalité du "double" n'est pas requise lorsqu'une des deux parties a déjà exécuté son obligation** (par ex., Civ. 1re, 14 déc. 1983). Ainsi, à l'occasion d'un contrat de vente à crédit, si la chose a déjà été livrée, il suffit de rédiger un seul original que le vendeur conservera pour le cas où l'acheteur ne paie pas le prix comme convenu. L'écrit ne présente aucun intérêt pour l'acheteur à l'égard de qui le débiteur a déjà exécuté ses obligations. **Lorsque l'acte est constaté par plusieurs originaux, il doit être fait mention, dans l'écrit, du nombre d'originaux.** Bien entendu lorsque les règles posées par l'article 1325 ne sont pas respectées, **l'acte juridique n'est pas nul**, l'écrit est simplement dépourvu de force probante. La jurisprudence décide que si l'une de ces formalités n'est pas respectée, c'est-à-dire la formalité du "double" et la mention du nombre d'originaux, **l'écrit n'a pas de force probante mais il joue le rôle d'un commencement de preuve par écrit.**

- **Des formalités particulières sont aussi exigées pour certains actes unilatéraux.** L'article 1326 du Code civil dispose : **"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 être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même (depuis la loi du 13 mars 2000) 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"**. Cette règle a été édictée pour prévenir le risque de fraude qui consiste à modifier la somme inscrite en chiffres par grattage. Dès lors que la somme est inscrite en toutes lettres, il est plus difficile d'imiter l'écriture du débiteur et cette imitation pourra être décelée par expertise. **Ce texte du Code civil résulte de la loi du 12 juillet 1980 modifiée par celle du 13 mars 2000.** La loi n'exige aucune formule telle que "bon pour" ou "lu et approuvé" qui n'ont aucune portée juridique. La loi exige que, outre la signature du souscripteur, **il indique, par lui-même, la somme ou la quantité à la fois en toutes lettres et en chiffres.** La loi précise qu'en cas de différence entre les deux sommes, c'est la somme écrite en toutes lettres qui prévaut (plus difficile à imiter). Avant, cette loi, c'est la somme la plus petite qui prévalait. Cette formalité ne vaut que lorsque l'objet de l'obligation porte sur une somme d'argent ou sur des choses qui se comptent au poids, au nombre ou à la mesure. On peut dire que la formalité est exigée lorsque l'objet de l'obligation porte sur une chose fongible. Tel sera le cas en matière de **cautionnement** où la caution devra indiquer, de sa main, en chiffres et en lettres, le montant de la somme cautionnée ainsi que les intérêts prévus. **Après une période de divergence entre la Première Chambre civile et la Chambre commerciale, la première a fini par admettre avec la seconde que cette exigence de la mention manuscrite n'est qu'une règle de preuve et non une règle de validité de l'acte, cad le negotium. (Civ. 1re, 15 nov. 1989)** En effet, si la formalité requise par l'article 1326 n'est pas observée, l'écrit (l'instrumentum) ne perd que sa force probatoire. Néanmoins, **la jurisprudence considère qu'il vaut à titre de commencement de preuve par écrit.**

## **b) La signature**

Jusqu'à la loi du 13 mars 2000, la jurisprudence imposait, sauf convention contraire des parties, le caractère manuscrit de l'acte sous seing privé. A défaut, l'écrit était dépourvu de force probante. Or, la reconnaissance de la valeur probante du document électronique suppose la reconnaissance de la signature électronique. Maintenir la condition d'une signature manuscrite aurait ôté toute portée pratique à cette réforme. Le législateur a donc inséré dans le Code civil, un article 1316-4 relatif à la signature de l'écrit. Il détermine le rôle de la signature quelle qu'en soit la nature et précise les conditions de validité de la signature électronique.

### **- Le rôle de la signature :**

L'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 1316-4 est relatif à la fois la signature manuscrite et à la signature électronique : *« La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quant elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. »*

Cette disposition n'apporte aucune modification au droit positif. Néanmoins, elle a le mérite de mettre en évidence le double rôle de la signature apposée sur un acte sous seing privé. Elle a un rôle d'identification de l'auteur de l'acte et un rôle d'adhésion au contenu de l'écrit. Lorsque l'acte est authentique, la signature de l'officier public ne vaut évidemment pas adhésion au contenu de l'acte mais confère à l'acte un caractère authentique.

### **- Les conditions de validité de la signature électronique :**

L'al. 2 de l'art. 1316-4 est relatif à la seule signature électronique : *« Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».*

Cette disposition distingue donc deux sortes de signature électronique. La première est une signature électronique « ordinaire » dont l'authenticité peut être contestée, donc soumise à l'appréciation du juge. La seconde est une signature électronique dite « avancée » dont la force probatoire est plus grande puisqu'elle bénéficie d'une présomption. L'authenticité d'une telle signature est, en effet, présumée, jusqu'à preuve contraire, si l'usage du procédé électronique répond aux conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat. Ce décret actuellement à l'état de projet prévoit une procédure d'évaluation et de certification par des prestataires de services accrédités.

Bien que la loi n'ait pas jugé bon de le préciser, il est bien évident qu'à côté de la signature électronique, subsiste la signature manuscrite qui confère toujours une pleine force probante à l'acte sous seing privé.

## **c) Force probante de l'écrit :**

L'acte sous seing privé tire sa force probatoire de la signature des parties. Néanmoins, **si l'écrit n'est signé, la jurisprudence a décidé que le juge peut néanmoins le retenir à titre de commencement de preuve par écrit.**

Dès lors qu'il a été régulièrement établi, **"l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique"** (art. 1322). **Aussi, si les parties contestent l'écriture, l'acte perd momentanément sa force probante.** La loi précise que "celui auquel on oppose l'écrit doit avouer ou désavouer formellement son écriture ou sa signature" (art. 1323). La jurisprudence a décidé que **"dans le cas où la signature est déniée ou méconnue, c'est à la partie qui se prévaut de l'acte qu'il appartient d'en démontrer la sincérité"** (Par ex. Civ. 1re, 17 mai 1972). **La charge de la preuve pèse sur celui qui veut opposer l'écrit.** Il lui faudra alors tenter **une procédure de reconnaissance ou de vérification d'écriture.** C'est là la principale différence avec l'acte authentique. Dans le cadre d'un acte sous seing privé, celui qui veut l'opposer doit établir sa réalité par la vérification d'écriture. Cette procédure est prévue par les articles 287 à 298 du N.C.P.C. Le juge va lui-même procéder à l'examen de l'écrit litigieux. Il peut pour ce faire, ordonner aux parties de fournir des

documents lui permettant de comparer les écritures. Le juge peut aussi ordonner une expertise pour cette vérification, mais cette expertise n'est pas de droit.

**- Si l'écrit n'est pas désavoué ou s'il est établi qu'il émane bien de celui auquel on l'oppose, l'écrit va faire preuve de son contenu, jusqu'à preuve contraire.**

- La loi du 13 mars 2000 est intervenue pour reconnaître une pleine force probante à l'écrit électronique. L'art. 1316-3 reconnaît au document électronique la même forme probante que celle qui est reconnue à l'écrit sur support papier : « *L'écrit sous forme électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ».

- Le Code civil ne connaissait, jusqu'à présent, aucun texte réglant les conflits entre preuves écrites. Le juge cependant réglait un tel conflit par tous moyens. Désormais, est inséré dans le Code civil, un art. 1316-2 qui laisse au juge le pouvoir souverain de déterminer quelle preuve littérale doit l'emporter sur l'autre : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support.* » Cette disposition écarte toute idée de hiérarchie entre la preuve sous forme électronique et la preuve traditionnelle.

**- La jurisprudence n'a jamais requis la mention de la date. La date figurant sur l'écrit fait, à l'égard des parties, foi jusqu'à preuve contraire.** Un acte sous seing privé doit seulement constater l'acte juridique et comporter la signature des parties. A l'égard des tiers, l'analyse est plus délicate. On peut, en effet, craindre un accord des parties pour antidater l'acte juridique et ainsi frauder les droits des tiers. Ainsi, on peut imaginer que le propriétaire d'une chose la vende une première fois et ensuite une seconde fois en indiquant dans ce deuxième acte une date antérieure à la première vente. Aussi, l'article 1328 du Code civil prévoit-il que les actes sous seing privé ne font pas foi de leur date à l'égard des tiers. Ceux-ci peuvent toujours contester la date. Cependant, il est possible pour les parties de remédier à cette faiblesse de l'acte sous seing privé en recourant à deux procédés :

- **L'enregistrement de l'acte.** Dans ce cas, les parties présentent deux originaux à l'Enregistrement. Le fonctionnaire de l'Administration fiscale va délivrer un certificat sur le premier original mentionnant la date de l'enregistrement et conservera le second original. L'enregistrement donnera lieu au paiement d'un droit fiscal assez élevé. L'acte sous seing privé aura acquis date certaine du jour de l'enregistrement mais du jour où il a été passé. Un certain nombre d'actes juridiques sont soumis à un enregistrement obligatoire (ex. promesse unilatérale de vente d'un bien immobilier).

- L'autre procédé qui rend certaine la date de l'acte sous seing privé, **c'est la constatation de cet acte dans un acte authentique.** L'article 1328 donne l'exemple d'un procès verbal de scellé ou d'inventaire. On peut également envisager un acte authentique mentionnant un acte sous seing privé antérieur. L'acte authentique confère ainsi date certaine à l'acte sous seing privé.

Enfin, on doit relever que l'acte sous seing privé acquiert date certaine **au jour du décès de l'un des signataires.** Il est, en effet, évident que l'acte sous seing privé n'a pu être rédigé, au plus tard, le jour du décès de l'un des signataires.

## 2. - Les actes authentiques

- L'article 1317 définit l'acte authentique : "**L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises**".

La loi a modifié l'art. 1317 C. civ. afin d'admettre la recevabilité comme mode de preuve des actes électroniques établis et conservés sur support électronique. Toutefois cette innovation ne pourra être mise en œuvre sans l'intervention d'un décret. Dorénavant, l'al. 2 ajoute : « *Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Cette réforme risque de bouleverser les pratiques notariales ancestrales.

- Les officiers publics est une catégorie recouvrant des professions nombreuses. L'officier public exerce une mission d'intérêt général. Cette mission lui a été conférée par le législateur. On peut ainsi citer les **notaires, les agents diplomatiques (consul à l'étranger), les huissiers de justice** et même les **officiers de l'état civil** (maire, adjoints, conseillers municipaux) qui ne sont pas nommés par le gouvernement mais élus. **Ces officiers sont chargés de rédiger les actes auxquels les parties doivent conférer le caractère d'authenticité et d'en assurer la conservation.** Ces personnes présentent des garanties sérieuses de moralité. Il leur est interdit d'instrumenter pour eux-mêmes ou les membres de leur famille. **Ils encourent de très graves sanctions pénales et civiles en cas de faux.** Toutes ces raisons expliquent pourquoi le législateur confère une très grande force probante aux actes authentiques.

- Il faut relever les **trois conditions requises** pour qu'un acte puisse être qualifié d'authentique :
  - **L'écrit doit être dressé par un officier public.** Depuis une loi de 1973, le notaire peut habilitier un ou plusieurs Clercs assermentés à l'effet de donner lecture des actes et des lois et recueillir les signatures des parties. Les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire (et le Clerc habilité, s'il y a lieu).
  - **L'officier public doit être compétent.** La compétence d'attribution de l'officier public concerne la matière à propos de laquelle il peut instrumenter. Les officiers de l'état civil n'ont compétence que pour dresser les actes de l'état civil. Les huissiers n'ont compétence que pour signifier les actes de procédure et assurer l'exécution des décisions de justice. Les notaires ont une compétence très étendue puisqu'ils ont qualité pour "**recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique...**" (ord. du 2 nov. 1945). La compétence territoriale des officiers publics est fixée par la loi.
  - **Les formalités prévues par la loi doivent être respectées, l'acte doit être dressé avec les "solennités requises".** De nombreuses formalités sont prévues par la loi dans le but d'éviter les fraudes pendant la rédaction mais surtout après. On peut ainsi citer l'obligation du notaire d'utiliser un papier d'une qualité suffisante garantissant la conservation de l'acte, l'obligation de rédiger en langue française, de ne pas faire d'abréviations, de blanc ou de surcharge. La date doit être énoncée en lettres. Les pages sont numérotées et leur nombre est indiqué en fin d'acte, etc...

- On peut se demander qu'elle est la **sanction de l'inobservation de l'une ou l'autre de ces conditions**. La sanction est énoncée par l'article 1318 du Code civil : "**L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme l'écriture privée, s'il a été signé des parties**". La jurisprudence a donc décidé que l'acte authentique entaché de nullité peut néanmoins valoir comme acte sous seing privé, s'il obéit aux conditions de forme de ces actes (Civ. 1re, 11 juill. 1955).

- **Mais si l'acte authentique est régulier en la forme, il est alors doté d'une force probante particulière.** Cette force s'attache à la réalité même de l'acte et les constatations faites par l'officier public (présence des parties, conformité entre leurs déclarations et les indications mentionnées dans l'acte, la date de rédaction de l'acte authentique). **L'acte authentique fait alors foi jusqu'à inscription de faux de sa réalité et des constatations de l'officier public, à l'égard des parties et des tiers.** Pour le reste, c'est-à-dire par exemple, ce que déclarent les parties, l'opinion de l'officier public, elles ne feront foi que jusqu'à preuve contraire ou n'auront que la valeur d'un simple témoignage. Aussi, **le contenu de l'acte authentique est tenu pour vrai aussi longtemps que son caractère erroné n'aura pas été démontré à l'issue d'une procédure d'inscription de faux.** Cette procédure est prévue par les articles 303 et suivants du N.C.P.C. La procédure est périlleuse car si le demandeur ne démontre pas le caractère erroné de l'acte authentique, il sera condamné, non seulement aux **frais** mais aussi à une **amende**, voire des **dommages** et intérêts.

- **L'original de l'acte authentique** signé par l'officier public et les parties **sera conservé à l'étude ou au tribunal.** Cet original s'appelle la **minute**. Parmi les copies délivrées par le notaire ou le greffe du tribunal, il faut distinguer celle qui est **revêtue de la formule exécutoire, la grosse**. Sur simple présentation de la grosse, le créancier peut faire valoir ses droits, c'est-à-dire procéder à l'exécution forcée de l'obligation (ex. saisie) sans passer par le tribunal. **Les autres copies** sont les **expéditions**. Ces copies sont authentifiées par le dépositaire, le notaire ou un Clerc habilité à cet effet.

## **B - L'aveu judiciaire**

- Il faut ici citer la définition classique d'Aubry et Rau : "**L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.**" Planiol et Ripert ont précisé la notion en relevant que le terme aveu doit être réservé aux "**déclarations accidentelles, faites après coup, par lesquelles une partie laisse échapper la reconnaissance du fait ou de l'acte qu'on lui oppose**". On dit que l'aveu est la reine des preuves, si cela est faux en matière pénale, cela est finalement peut-être exact en droit civil. Le Code civil distingue **deux sortes d'aveu** dans l'article 1354 du Code civil : "**L'aveu qui est opposé à une partie, est extrajudiciaire ou judiciaire**". Seul l'aveu judiciaire sera ici étudié puisque lui seul est une preuve parfaite, liant le juge quant au prononcé de sa décision.

- **L'aveu judiciaire est celui qui est fait au cours d'un procès et dont dépend le sort de ce procès.** Bien entendu, cette forme d'aveu est **rare**. Le plaideur reconnaît rarement le bien-fondé de la prétention de son

adversaire au cours du procès. Il le reconnaît avant ou jamais. L'article 1356 alinéa 2 précise qu' "**il fait pleine foi contre celui qui l'a fait**". Cela signifie que l'aveu est un procédé de preuve parfait. Il lie le juge. Le juge doit tenir pour vrai ce qui est avoué et y conformer sa décision. **Pour prouver un acte juridique, l'aveu est aussi efficace que l'écrit.** Pendant très longtemps, l'aveu était un mode de preuve interdit en matière de divorce pour faute. Le législateur du 11 juillet 1975 a admis expressément ce mode de preuve **pour la faute en matière de divorce**. La règle est contenue dans l'article 259 du Code civil.

- L'aveu emportant des conséquences si graves, il est nécessaire **qu'il émane d'une personne capable de disposer pleinement de ses droits**. Aussi, l'aveu n'est pas recevable s'il émane d'un mineur ou d'un majeur protégé.

- **L'aveu judiciaire est indivisible.** L'article 1356 alinéa 3 le précise : "il ne peut être divisé contre lui". **Cette règle signifie qu'on ne peut retenir qu'une partie de l'aveu et rejeter l'autre.** Mais l'aveu peut être complexe c'est-à-dire que l'auteur, tout en reconnaissant le fait allégué par son adversaire, "articule un nouveau fait dont le résultat serait de créer une exception à son profit". **La jurisprudence a écarté la règle de l'indivisibilité de l'aveu, lorsque l'aveu est complexe.** Cette règle a diminué considérablement la portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu. **Dans ce cas, les juges écartent les faits affirmés qui n'ont qu'un rapport indirect avec le fait principal ou les faits qui apparaissent grossièrement invraisemblables.** Par exemple, la jurisprudence considère que **l'aveu de l'existence d'une convention n'oblige pas les juges à adopter l'interprétation que l'auteur de l'aveu donne de cette convention.** Ainsi, il a été décidé qu'il est possible de maintenir l'aveu de l'existence d'un prêt et d'écarter l'affirmation selon laquelle l'emprunteur se serait libéré de sa dette (Civ. 1re, 17 juin 1968).

- **L'aveu est enfin irrévocable.** Le dernier alinéa de l'article 1356 le précise : "il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve **qu'il a été la suite d'une erreur de fait**. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit." Cela signifie l'aveu ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. L'auteur de l'aveu peut donc démontrer la fausseté de son aveu, en apportant la preuve qu'il n'a été donné qu'à la suite d'une erreur de fait.

### C - Le serment décisoire

- "**Le serment est la déclaration par laquelle un plaideur affirme d'une manière solennelle et devant le juge, la réalité d'un fait qui lui est favorable**". (Ghestin et Goubeaux) Le serment décisoire est une espèce particulière de serment, **très rare en pratique**, car très dangereux pour celui qui serait tenté de l'utiliser. Pour cette raison, **seules les personnes capables de disposer de leurs droits peuvent déférer le serment.** En effet, l'un des plaideurs offre de s'en remettre au serment de son adversaire pour établir le fait contesté, dont dépend l'issue du débat. **On dit qu'il défère serment à son adversaire. Celui-ci peut adopter 3 attitudes. Ou bien il prête le serment qui lui est déféré et gagne son procès. Ou bien il refuse de le prêter, ce qui constitue un véritable aveu judiciaire dont l'autre partie pourra se prévaloir pour gagner le procès. Il lui reste une troisième attitude possible : il peut référer le serment au plaideur qui le lui a déféré. Si ce dernier prête serment, il gagne le procès ; si, au contraire, il refuse de prêter le serment, il perd le procès.**

- Le serment décisoire est un mode de preuve parfait. **Le serment décisoire lie le juge** qui doit conformer sa décision aux conséquences du serment. Le serment dicte sa décision. Cet appel à la bonne foi de son adversaire est, on se l'imagine, très rare.

## II. - Les preuves imparfaites

- L'élément commun des procédés de preuve imparfaits est qu'ils ne lient jamais le juge. Le juge reste toujours libre de son appréciation. On distingue quatre types de preuve imparfaits : le témoignage (A), les présomptions du fait de l'homme (B), l'aveu extra-judiciaire (C) et le serment supplétoire (D).

### A - La preuve testimoniale

- Le Code civil n'envisage le témoignage que sous l'angle de l'admissibilité de ce type de preuve. Une définition du témoignage a été donnée par un auteur, M. Le Roy, "**la preuve testimoniale est celle qui résulte des déclarations faites sous serment en justice, au cours d'une enquête par des personnes qui ont perçu avec**

**leurs propres sens le fait contesté**". Aujourd'hui, la preuve testimoniale recouvre aussi les déclarations écrites sous forme d'attestations. **Le témoignage peut donc revêtir une forme orale ou écrite.**

- **Qui témoigne ?** L'article 10 du Code civil dispose "**Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui, qui sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts**". L'article 206 du N.C.P.C. plus spécifique au témoignage rappelle "Est tenu de déposer quiconque en est légalement requis". Mais il prévoit des dispenses : "Peuvent être dispensées de déposer les personnes qui justifient **d'un motif légitime**. Peuvent s'y refuser **les parents ou alliés en ligne directe** de l'une des parties ou **son conjoint, même divorcé**". On peut donc en conclure que ces personnes bénéficient d'une **présomption de motif légitime** quant à leur refus de témoigner. Les autres doivent en apporter la preuve. La loi a même prévu certaines hypothèses où le témoignage n'est même pas recevable. Ainsi l'article 205 alinéa 3 du N.C.P.C. prévoit que "**les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps**".

- **L'objet du témoignage** est toujours **ce que le témoin a personnellement vu ou entendu**. Le témoin doit relater ce qu'il a perçu par ses **propres sens** (Mazeaud). Notre droit positif prohibe la **preuve par commune renommée, ou preuve par "on dit"**. Le déclarant se fait l'écho de bruits incontrôlables qui se colportent de bouche à oreilles. Cette preuve, **courante sous l'ancien Droit**, était et reste très dangereuse par son **imprécision croissante** au fur et à mesure que l'on s'éloigne du témoignage direct. Le danger est évident étant donné **la grande probabilité de déformation des faits**. Aussi, n'est-elle admise qu'à titre exceptionnel (cf. art. 451 al. 3 du Code civil à propos du tuteur qui n'a pas fait inventorier le mobilier échu par succession à un mineur). Par contre, la Cour de cassation paraît admettre, de façon critiquable, **le témoignage indirect** qui est celui **d'un témoin qui a personnellement entendu la déclaration d'une autre personne relatant ce qu'elle a constaté elle-même**. Les juges devront bien sûr apprécier souverainement la valeur probante de tels "témoignages".

## **B - La preuve par présomptions**

- On appelle **présomptions de l'homme ou présomption du fait de l'homme ou encore présomption de fait, "les conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu"**. C'est en fait **l'intime conviction du juge** qui, à partir de divers éléments de fait, va forger son intime conviction quant à l'existence du fait litigieux. Il s'agit d'un mode de **raisonnement**.

- **Les indices** à partir desquels le juge peut former son intime conviction sont nombreux. Il peut s'agir de **constatations matérielles, de déclarations de personnes** qui ne peuvent être entendues en qualité de témoins, **tous les documents** quelle qu'en soit la nature ou l'origine, de **l'attitude des parties** au cours d'une comparution personnelle (ex. refus de se soumettre à une expertise sanguine), **des résultats d'une expertise**, etc...

- Les présomptions du fait de l'homme ne sont, bien entendu **pas un mode de preuve scientifique**. On peut même dire qu'elles sont dangereuses. **Elles sont néanmoins indispensables car il est bien rare que le fait litigieux précis soit prouvé**, car c'est bien souvent le doute quant à son existence qui a été l'occasion de la saisine du juge. **L'article 1353 recommande au juge la prudence quant à l'appréciation de ce procédé de preuve**. Cet article dispose : "Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, **sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat**, qui ne doit admettre que des présomptions **graves, précises et concordantes**, ..." La formule légale n'est qu'un conseil de prudence adressé au magistrat. Aussi, il a été décidé **qu'il peut se baser sur un indice unique** (concordants ?) **Le juge est libre quant à son appréciation**, il est toujours libre de rejeter ces présomptions ou de les accueillir si elles lui paraissent déterminantes.

## **C - L'aveu extra-judiciaire**

- **Tout aveu qui n'est pas émis devant le juge compétent au cours de l'instance dans laquelle le fait est en cause est un aveu extra-judiciaire**. Il ne présente **pas les mêmes garanties** que celui qui est fait au cours de l'instance en cause. L'aveu extra-judiciaire a pu être extorqué par violence, dol ou à la suite d'une erreur. **L'aveu extra-judiciaire n'a pas du tout la même force probante que l'aveu judiciaire**. L'aveu extra-judiciaire **ne lie pas le juge**. C'est un mode de preuve qui se rattache à la catégorie des **présomptions du fait de l'homme**. Même si le législateur ne l'a pas précisé, il faut ranger l'aveu extra-judiciaire **dans la catégorie des modes de preuve imparfaits**. On peut déduire cette conséquence de l'article 1355 du Code civil qui dispose que "l'allégation d'un aveu extra-judiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont

la preuve testimoniale ne serait point admissible", c'est-à-dire pour la preuve des actes juridiques. **La pertinence de l'aveu extra-judiciaire dépend entièrement de l'appréciation du juge, de son intime conviction.**

#### **D - Le serment supplétoire**

- Le serment supplétoire est prévu par l'article 1366 du Code civil : "**Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation**". C'est le juge qui défère d'office ce serment et non les parties. il s'agit pour lui **d'un pouvoir discrétionnaire**. Il choisit librement la personne à laquelle il défère le serment. C'est un moyen d'instruction réservé à son usage. Le serment ne  **vise qu'à éclairer le juge sur les circonstances de la cause**. Aussi, **le serment supplétoire ne lie pas le juge**. Le juge reste libre de sa décision. Le serment n'est utilisé que pour compléter une preuve et fortifier la conviction du juge. Ce procédé de preuve, on s'en doute, est **très peu employé**. Le serment des parties n'offre aucune garantie sérieuse de véracité de leurs affirmations.

### **CHAPITRE III : LA SANCTION DES DROITS SUBJECTIFS : L'ACTION EN JUSTICE**

- L'action en justice, définie par l'article 30 du NCPC «**est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.** » L'alinéa 2 du même article ajoute « **pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention**».

Il est intéressant de relever que pour les auteurs de ces textes, l'action est expressément envisagée comme un **droit subjectif**.

- **On ne peut de son propre fait exiger du débiteur l'exécution de son obligation**. Nul ne peut se faire justice soi-même. **La justice est publique, elle est assurée par l'Etat**. Les particuliers doivent recourir aux tribunaux pour faire reconnaître et sanctionner leurs droits, ils doivent user des voies de droit. L'action en justice va être nécessaire pour faire reconnaître l'existence d'un droit, celui de percevoir des dommages et intérêts ou celui de se voir restituer certains biens en vertu d'une nullité du contrat, etc... S'il s'agit de faire saisir et vendre les biens du débiteur, il faut aussi recourir au juge. L'Etat interdit l'exécution privée afin d'éviter **les violences et les abus**. Il est nécessaire de faire préalablement reconnaître son droit en justice avant de pouvoir procéder à une exécution forcée de l'obligation, en saisissant les biens de son débiteur, par exemple. Si ce droit est reconnu, **l'Etat doit prêter son concours à l'exécution du droit violé**, en utilisant, si besoin est, **la force publique**.

- Pendant très longtemps, la doctrine classique a identifié l'action et le droit subjectif. Pour cette doctrine, l'action n'est autre que l'aspect dynamique du droit, son prolongement judiciaire. Ainsi Demolombe, "**l'action, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix**" Cette doctrine a été abandonnée depuis et il est clair aujourd'hui qu'il faut dissocier le droit de l'action. L'action tend à la constatation du droit et à sa sanction, elle s'en distingue donc. Même si on l'a vu, l'action en justice est un droit subjectif, celui-ci est **différent** du droit subjectif qu'il tend à faire reconnaître. De plus, **il existe des droits dépourvus de sanction, sans action en justice visant à obtenir son exécution**. Ainsi, les **obligations naturelles** ne donnent pas lieu à une action en justice. L'action en justice confère **le pouvoir d'exiger du juge** qu'il examine au fond la prétention selon laquelle il est titulaire d'un droit subjectif.

- Nous allons voir dans un premier temps, les conditions d'existence de l'action en justice (section 1) et dans un second temps la mise en oeuvre de cette action, c'est-à-dire l'instance (section 2).

#### **Section 1 : L'ACTION EN JUSTICE**

- L'article 31 du N.C.P.C. dispose, "**l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé**". Pour exercer une action en justice, il faut donc pouvoir invoquer un **intérêt (I)** et une **qualité** pour agir (II).

#### **I. - L'intérêt à agir**

- **L'intérêt est le fondement de l'action.** Il ne suffit pas, en effet, d'être titulaire d'un droit pour agir. Il faut justifier d'un intérêt. Seul celui qui a un avantage à voir sa prétention reconnue en Justice peut exercer une action : "**Pas d'intérêt, pas d'action**". L'intérêt doit remplir quatre conditions.

- **L'intérêt doit être direct.** Cela signifie que l'intérêt doit découler directement du succès de l'action judiciaire. Il doit être lié au droit dont il est demandé reconnaissance au juge.

- **L'intérêt doit être légitime (?).** Cette expression n'est pas exempte d'ambiguïté. Pendant longtemps, cette condition a permis à la jurisprudence d'écarter le plaideur ne pouvant invoquer « un intérêt légitime juridiquement protégé ». Cette idée était finalement proche de celle qui affirme "nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude". On sait cependant que cette condition particulière a été abandonnée par la jurisprudence depuis un arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970. L'expression utilisée par l'article 31 du NCPC indiquant que l'action est ouverte, en principe, « à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès d'une prétention » doit être entendue comme exprimant, d'un mot, les autres caractères exigés (F. Terré).

- **L'intérêt doit être personnel au demandeur.** Notre droit français ne connaît pas **d'action populaire**, c'est-à-dire celle qui serait exercée par un particulier au nom de la société. C'est le **ministère public** qui est chargé de représenter les intérêts de la société. Il faut donc pouvoir justifier d'un intérêt personnel au succès de la prétention invoquée : **à chacun de défendre ses intérêts.** Cependant, dans certains cas, **la loi reconnaît à certains groupements la faculté d'exercer l'action en réparation d'un préjudice qu'ils n'ont pas subi personnellement** et qu'aucun des membres n'a subi personnellement. Ainsi, un **syndicat professionnel** représente les intérêts de la profession. Il peut ester en justice pour exercer les droits visant à obtenir réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente. Les **ordres professionnels**, comme celui des avocats ou des médecins, peuvent également agir pour défendre les intérêts de la profession qu'ils représentent. **La jurisprudence apprécie de façon assez restrictive cette notion d'intérêt collectif** car elle a le souci de ne pas laisser ces groupements se substituer au ministère public. Pourtant ce droit à agir est particulièrement nécessaire lorsque le ministère public ne se montre pas très dynamique. Les associations doivent être habilitées par le législateur par une disposition spéciale pour intervenir pour la défense des intérêts qu'elles représentent. **Les associations de consommateurs**, spécialement habilitées par le législateur, sont particulièrement actives dans la défense des intérêts qu'elles sont chargées de représenter.

- **L'intérêt doit être né et actuel.** Cette exigence signifie qu'aucune action n'est accordée pour faire réparer un **préjudice éventuel, hypothétique**. On ne peut faire respecter un droit dont on n'est pas sûr qu'il a été violé. **On ne sait pas encore si le préjudice existe.** Cela signifie pas pour autant qu'il soit nécessaire que le préjudice soit précisément déterminé, il suffit qu'il puisse être déterminable. Un préjudice futur peut être certain, si l'on est sûr qu'il se réalisera, mais qu'on ne connaît pas précisément la date de cette réalisation.

## II. - Une qualité pour agir

- La qualité est la seconde condition d'ordre général à laquelle est soumise l'existence de l'action en justice. La qualité, c'est "**le titre qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige**". C'est le sens de l'exigence formulée par l'article 31 du N.C.P.C. qui accorde l'action "**sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt légitime**". En principe, **toute personne a qualité pour agir**. La condition de la qualité n'intervient donc **que dans le cas où le législateur a fait un choix parmi tous ceux pouvant avoir un intérêt** et a réservé le droit à agir à quelques-uns. En matière de **nullité**, la loi réserve le droit à agir à quelques-uns, il en est de même de **l'action en désaveu de paternité** (père) ou encore de **l'action en divorce** (époux). On peut multiplier les exemples. La nature particulière du droit conduit la loi à restreindre parmi toutes les personnes ayant un intérêt à agir celles qui seront investies du droit d'action. **On dit que ces actions sont "attribuées"**, c'est-à-dire que les titulaires de l'action sont spécialement désignés.

## Section II : L'INSTANCE

- La mise en oeuvre de l'action en justice, c'est l'instance. **L'instance "se présente comme une série d'actes de procédure, allant de la demande en justice jusqu'au jugement ou à l'abandon de la prétention par un désistement"** (Vincent et Guinchard, Procédure civile, 1981). Un rapport d'instance est créé entre les parties qui deviennent des plaideurs. Nous ne pouvons envisager toutes les règles applicables à l'instance, ce qui relève du cours de droit processuel mais nous allons cependant voir **les principes directeurs de l'instance** (I). Nous verrons ensuite, l'issue de l'instance, **le jugement** (II).

## I. - Les principes directeurs de l'instance

- L'organisation judiciaire est commandée par quelques grands principes :

### 1- Le principe de la neutralité du juge :

**Saisine** : Ce principe signifie tout d'abord que le juge ne prend pas les devants, **il ne se saisit jamais d'office**. Il tranche les litiges qui lui sont soumis soit par le ministère public, en matière pénale, soit par les parties pour toutes les autres matières. L'article 1er du N.C.P.C. dispose : "**seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement...**" Ce principe est entendu de façon très large.

**Déroulement de la procédure** : Il signifie également que **les parties ont la direction de la procédure**. Il appartient aux parties d'accomplir les actes de procédure dans les formes et délais requis par la loi (art. 2) **Le juge doit rester neutre**. L'article 3 du N.C.P.C. le rappelle : "**Le juge veille au bon déroulement de l'instance**". Ce principe est né avec la Révolution qui considérait alors "le juge est un protecteur auquel on fait appel et qui deviendrait un tyran s'il s'imposait". Ce principe subit cependant de nombreuses atténuations depuis ces dernières années (depuis le N.C.P.C. de 1971) où le juge civil a acquis de véritables pouvoirs d'instructions. Une loi de 1965 a créé un "juge de la mise en état", véritable juge d'instruction civil qui joue un rôle actif dans la procédure. Il peut adresser des mesures d'injonction aux avocats, exiger la communication de pièces, fixer les délais nécessaires à l'instruction, etc... Le principe de neutralité du juge subit un certain nombre d'atteintes et notre système de procédure civile, **de type accusatoire**, tend à se rapprocher du système **inquisitoire** de l'instruction pénale.

**Objet et cause du litige** : Toujours sur le fondement du principe de la neutralité du juge, **les parties ont aussi le choix de l'objet et de la cause sur laquelle elles fondent leur action**. L'objet est ce qui est réclamé et la cause est le fondement de cette prétention. Le juge ne peut pas statuer "ultra petita" ou "extra petita". La Cour de cassation veille au respect de ce principe et censure les décisions qui modifient la cause de l'action (si on demande 1F. de D.I, le juge ne peut accorder plus même si le dommage est manifestement plus important). **Le juge ne peut ni ajouter de nouveaux faits à ceux dont il est saisi, ni leur appliquer d'autres règles que celles qu'invoquent les parties**. Cependant "il doit donner ou **restituer leur exacte qualification** aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée" (art. 12 N.C.P.C.). On a pu ainsi dire que "**la construction de l'édifice de fait appartient aux parties, mais le juge est en mesure et tenu de procéder d'office à l'examen des problèmes juridiques que soulève le litige**" (Motulsky).

**2- Le principe du contradictoire** : les impératifs de justice nécessitent le respect des droits de la défense. Une certaine **loyauté** doit exister de la part des parties et du juge. Le principe du contradictoire est **un principe fondamental gouvernant le procès**. En effet, **chacune des parties doit être en mesure de se faire entendre afin d'exposer son point de vue et discuter les éléments qui peuvent être utilisés pour aboutir à la solution du litige**. Les articles 14 à 16 du N.C.P.C. sont l'illustration de l'application de ce principe. L'article 14 précise que "**nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée**". L'article 15 oblige les parties à **se communiquer mutuellement les pièces** sur lesquelles elles fondent leurs prétentions et ce, dans un délai suffisant avant le jugement, pour qu'elles puissent organiser leur défense. Les communications doivent être faites "**en temps utile**". L'article 16 est relatif au juge lui-même qui doit assurer le respect du principe du contradictoire et l'observer lui-même. Il ne peut ainsi retenir dans sa décision des moyens, explications ou documents que si les parties ont pu en débattre contradictoirement. De la même façon, il ne peut fonder **sa décision sur un moyen de droit relevé d'office que s'il a préalablement invité les parties à présenter leurs observations**. (art. 16 NCPC)

On a néanmoins organisé **une procédure par défaut** pour éviter que l'adversaire ne se dérobe. Des précautions ont été prises pour garantir les droits de la partie défaillante. On lui a permis si le jugement a été rendu en son absence de faire opposition : le même tribunal sera saisi pour que l'affaire soit à nouveau jugée dans son entier.

## II. - Le jugement

- Après avoir précisé la notion de jugement (A) nous en étudierons la force (B).

### A - Notion de jugement

- Au sens large, le mot "**jugement**" désigne toute décision judiciaire. **C'est la décision rendue par une juridiction spécialement organisée pour trancher, en observant une procédure minutieusement réglementée, les contestations que les plaideurs lui soumettent.**

- Dès lors, il faut constater que les décisions émanant d'une juridiction ne sont pas toutes des jugements. Il convient de distinguer **les jugements contentieux, les actes d'administration et les décisions gracieuses.** Seuls les jugements contentieux sont de véritables actes juridictionnels.

- **Les actes d'administration judiciaires** sont destinés à assurer le bon fonctionnement du service de la justice. Ainsi, la décision qui consiste à distribuer les affaires entre les différentes chambres de la juridiction ou à fixer une date d'audience est un acte de pure administration judiciaire.

- **Les décisions gracieuses** se caractérisent par le fait qu'elles ne tranchent pas un litige. Il s'agit, par exemple, d'ordonner des mesures de protection pour certaines personnes, d'homologuer un partage de succession, d'ordonner la rectification d'un acte de l'état civil, etc...

- Entre les jugements, il existe une classification courante par laquelle on **oppose les jugements déclaratifs aux jugements constitutifs.** **Les actes déclaratifs se bornent à constater une situation juridique qui existait antérieurement à la demande en justice.** Ainsi, est déclaratif le jugement qui reconnaît le droit de propriété de l'un des plaideurs. Le juge se borne à reconnaître un état de droit qui existait déjà mais qui était contesté. **Les jugements constitutifs sont ceux qui créent un état de droit nouveau, une situation nouvelle.** Ainsi est constitutif de droits, le jugement qui prononce un divorce. Le juge transforme l'état des plaideurs : ils passent de l'état de personnes mariées à l'état de personnes divorcées. Les jugements constitutifs créent des droits pour l'avenir. **Cette opposition entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs présente une grande importance puisqu'ils n'ont pas la même autorité.** En effet, **les jugements déclaratifs n'ont qu'une autorité relative**, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être opposés qu'aux parties au litige et à leurs ayants causes. Les tiers peuvent ignorer le jugement : il ne leur est pas opposable. Au contraire, **les jugements constitutifs ont la plupart du temps une autorité absolue.** Cette solution est indispensable : le divorce des deux époux doit être opposable aux tiers. L'opposabilité peut néanmoins présenter des inconvénients pour les tiers qui peuvent ignorer l'existence du jugement constitutif. Aussi, le législateur a souvent organisé **une publicité afin de renseigner les tiers.** Ainsi, pour le divorce, **il n'est opposable aux tiers que s'il est mentionné sur les registres de l'état civil. Tant que cette publicité n'est pas faite, les tiers sont en droit d'ignorer cette situation nouvelle.**

## **B - Force du jugement**

- Quand le litige a été définitivement tranchée, il va acquérir une force particulièrement importante. **Le jugement va acquérir l'autorité de la chose jugée.** Cela signifie que ce qui a été définitivement jugé ne peut plus être remis en cause. Il convient de circonscrire le domaine de l'autorité de la chose jugée (1) avant d'en examiner les conditions (2).

### **1) Le domaine de l'autorité de la chose jugée**

- **L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux décisions définitives** (art. 480 N.C.P.C.). Une décision définitive est celle à propos de laquelle le juge ne peut pas intervenir. **Une décision est définitive lorsque aucune voie de recours n'est plus possible.** Un tel jugement acquiert l'autorité de la chose jugée. C'est le sens de l'article 500 du N.C.P.C. qui dispose : "**A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert le même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai**". Si il n'y a aucune voie de recours, le jugement est immédiatement définitif et acquiert l'autorité de la chose jugée. S'il est susceptible d'une voie de recours, il ne devient définitif et acquiert l'autorité de la chose jugée **qu'à l'expiration de ce délai.**

- L'autorité de la chose jugée ne s'attache **qu'aux décisions contentieuses**, quelle que soit la juridiction qui a tranché le litige. Il faut aussi préciser que toute la décision n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée : **seul le dispositif a l'autorité de la chose jugée**, c'est-à-dire la partie finale de la décision dans laquelle le tribunal tranche le débat. **Les motifs n'acquiert pas la même autorité.**

### **2) Les conditions de l'autorité de la chose jugée**

- L'article **1351** du Code civil (à lire) exige trois conditions pour que la décision ait l'autorité de la chose jugée : une identité d'objet, de cause et de parties.

- **Il faut qu'il y ait identité d'objet**. Cela signifie que la chose demandée doit être la même. **Si la demande n'est pas la même**, le juge peut donc l'examiner sans se heurter à l'autorité de la chose jugée. Ainsi après avoir échouer dans une demande en divorce, le juge peut examiner une demande en séparation de corps.

- **Il faut qu'il y ait identité de cause**. Cela signifie que la demande doit être fondée sur la même cause, sur le même fondement juridique pour que puisse être opposée l'autorité de la chose jugée. Si la cause n'est pas la même, le juge peut examiner la demande. Ainsi, après avoir échoué dans une demande en divorce sur demande acceptée, il est possible de demander au juge de prononcer un divorce pour faute ou une simple séparation de corps.

- **Il faut qu'il y ait identité des parties**. Cela signifie que l'autorité de la chose jugée est, en principe, relative. La chose jugée n'est opposable qu'aux parties aux procès. Pour invoquer l'autorité de la chose jugée, il faut en principe que "la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles ou contre elles en la même qualité" (art. 1351).

**Conclusion** : La chose jugée, le défaut d'intérêt, le défaut de qualité, la prescription sont des **finis de recevoir** cad qu'elle interdit au juge d'examiner la demande. Il ne peut statuer sur le fond. Il doit refuser d'examiner la demande.