

**<http://www.cours-univ.fr/cours/licence/droit/licence-droit.html>**

## **Cours d'introduction au droit et au droit civil (L1)**

Ce cours offre une vue large, hiérarchisée et détaillée du droit et de sa branche traitant des litiges entre personnes, le droit civil. Vous étudierez dans un premier temps la notion de droit (ses caractères, fondements, son double sens, la construction sociale), avant ensuite de plonger dans la première partie sur le droit objectif. Dans celle-ci, vous découvrirez les grandes divisions du droit, ses différentes sources nationales et supranationales, ses formes d'application ainsi que les cas de contestation et de reconnaissance. Dans la deuxième partie, vous apprendrez à connaître en détail les titulaires des droits subjectifs, les sources des droits subjectifs, les traits de la preuve (objet, charge, modes, admissibilité, évolution), leur classification et pour finir leur devenir. [Voir le cours](#)

### **Introduction**

- Chapitre 1 : la notion de droit (*ci-dessous*)

### **Première partie : le droit objectif**

- [Chapitre 2 : les grandes divisions du droit](#)
- [Chapitre 3 : les sources supranationales du droit](#)
- [Chapitre 4 : les sources nationales du droit](#)
- [Chapitre 5 : l'application du droit objectif](#)
- [Chapitre 6 : la contestation et la reconnaissance du droit](#)

### **Deuxième partie : les droits subjectifs**

- [Chapitre 7 : les titulaires des droits subjectifs](#)
- [Chapitre 8 : les sources des droits subjectifs](#)
- [Chapitre 9 : la preuve des droits subjectifs](#)
- [Chapitre 10 : la classification des droits subjectifs](#)
- [Chapitre 11 : le devenir des droits subjectifs](#)

\*\*\*\*\*

## Introduction

### Chapitre 1 : la notion de droit

Le droit est l'ensemble des règles édictées par une société auxquelles tout résident du pays est tenu d'obéir.

#### 1 – Les caractères de la règle de droit

##### *A – Le caractère général et impersonnel*

La règle de droit est générale : elle est destinée à tous les membres de la société. Mais elle peut aussi être sectorielle (exemple : uniquement les commerçants), voire très sectorielle. Elle n'est pas nominative, c'est pourquoi elle donne une impression d'égalité. Elle peut cependant s'appliquer à une seule personne (exemple : règle de droit pour le Président de la République). Exception : une règle de droit peut être nominative (exemple : les cendres au Panthéon, ou la nationalisation/dénationalisation d'une entreprise).

##### *B – Le caractère abstrait*

Lorsqu'on lit une règle de droit sans être juriste, on ne la comprend pas forcément car une règle de loi est abstraite. Les mots utilisés sont des « notions cadres » dont il faut connaître les significations. On utilise cette méthode car si les lois étaient trop précises, on oublierait inévitablement un cas ou une situation, et il faudrait en permanence ajouter de nouvelles lois en raison des avancées technologiques. Il convient donc que les règles de droit ne bougent pas au fil des décennies, voire même au fil des siècles. Elles sont générales, et c'est au juge d'interpréter ces phrases abstraites à la lumière du contexte. Il y a bien sûr des exceptions, mais il s'agit alors plutôt de réglementation.

##### *C – Le caractère coercitif*

Une règle de droit s'accompagne de la menace d'une sanction car elle commande toujours de faire ou ne pas faire quelque chose. Ces sanctions sont la prison, l'amende, les dommages et intérêts, les travaux d'intérêt général, les annulations, etc. Il y a inopposabilité : il n'est pas possible de montrer les faits à un tiers. Il existe toutefois aussi des exceptions. Certaines lois ne sont par exemple pas accompagnées de sanction, on les appelle les « lex imperfecta » (exemple : article 371 du code civil : les enfants à tout âge doivent honneur et respect à leur père et leur mère).

#### 2 – Les fondements du droit

##### *A – La théorie du droit naturel*

Il faut distinguer deux sortes de droit, le droit naturel et le droit positif (droit du législateur).

Les fondements indiquent que le droit positif est conforme à un idéal qui se trouve au-dessus de tout, il surpasse donc le droit naturel (respectueux de la nature humaine, il remontrait à la nuit des temps et serait partout). De son côté, le droit naturel contient de grands préceptes, tels que les droits à la vie, à la procréation, à l'accouplement. Le droit positif doit être le reflet des droits naturels. Pourtant, en France, il existe des droits qui ne respectent pas les droits naturels, donnant la possibilité aux juges d'interpréter une loi comme injuste, et donc de statuer que certaines réglementations ne correspondent pas « aux grands principes des droits généraux ».

### *B – La théorie du positivisme*

Le positivisme juridique pense que les Hommes respectent les règles de droit grâce au droit positif, posé par les législateurs. Il affirme que ce qui caractérise les lois sont les menaces de sanctions. C'est ce principe qui est appliqué dans les dictatures.

Le positivisme sociologique pense que les Hommes respectent les règles de droit en raison de l'existence de textes de droit positif. Puisque la règle de droit émane du corps social, ce positivisme théorise que celle-ci est voulue par ceux qui doivent la respecter et est donc acceptée.

## **3 – Le droit, une construction sociale**

### *A – Le droit, une science normative*

« Faire son droit », c'est étudier les normes (règles) juridiques. Le travail consiste donc à s'intéresser aux textes juridiques. Mais le comportement des Hommes ne dépend pas que des normes de droit : la morale, la religion ou la politesse jouent aussi leur rôle.

Les normes juridiques et les règles de morale sont comparables sur trois points :

• Leur objet :

o La morale régit les relations entre les Hommes et les relations avec nous-même,

o Le droit régit les relations avec autrui uniquement.

• Leur finalité :

o La morale aspire à rendre les êtres parfaits,

o Le droit aspire à réglementer ce qui est le plus important.

• Leur sanction :

o La morale inflige une sanction à soi-même, infligée par son environnement (amis...),

o Le droit inflige une sanction plus dure et tranchée par un homme impartial.

Les normes juridiques et les normes de religion : ces deux normes sont précises et sont interprétées par des gens qualifiés pour la tâche. Souvent, les règles de droit et de religion se rejoignent. Cependant, on ne peut être soumis aux sanctions de sa religion que si l'on se soumet à cette religion, alors que le droit soumet sa sanction à tout le monde. Les juges laïques appliquent les règles de religion par substitution.

Les normes juridiques et les normes de politesse : la politesse est respectée plus ou moins, afin de donner une bonne image de soi. Cependant, la loi peut se servir de ses règles afin de prononcer des divorces.

### B – Le droit, une science sociale

Le droit est un fait social, par conséquent il est le reflet de la société. Telle société, tels droits. En France, on écoute les syndicats, les étudiants, les commerçants et cela permet aux législateurs d'écrire des textes les concernant et selon leurs attentes. Lorsqu'on fait du droit, il faut faire appel aux autres sciences sociales, comme l'histoire ou le droit comparé (regarder ce qu'il se passe dans les autres pays pour en prendre le meilleur).

### C – Le droit, un art

Le droit est un art au niveau de son élaboration car il n'est pas donné à tout le monde d'élaborer une règle de droit. Il faut beaucoup d'expérience pour être législateur. La règle de droit tente toujours de trouver un équilibre subtil entre deux intérêts opposés. Le droit est un art au niveau de son application par les juges : le juge devra chercher dans tous les textes une norme générale et l'adapter à la situation.

Il ne peut pas ne pas prononcer de sanction (déni de justice). C'est aussi un art au niveau de son application par les usagers du droit (avocats, huissiers...). Un notaire doit par exemple adapter telle ou telle règle sur les contrats de mariage. Les avocats ont, eux, l'art d'embrouiller les affaires.

## 4 – Les deux sens du mot droit

### A – Le droit objectif

Ici, le droit est défini en raison de son objet (régir la vie des Hommes en société). C'est l'acception la plus répandue du mot, c'est le droit du législateur, très général et appliqué à tout le monde.

### B – Les droits subjectifs

Les droits subjectifs sont ceux qui possèdent un sujet donné. Il existe deux types de sujets :

- Les personnes physiques (en chair et en os).
- Les personnes morales (entreprises, région, État...).

Nous n'avons pas tous les mêmes droits subjectifs, mais nous en avons plus plusieurs.

### C – Le lien entre droit objectif et droits subjectifs

Les droits subjectifs découlent du droit objectif, car ce dernier permet simplement d'avoir des droits. S'ensuit donc que si l'on mène une action juridique qui ne respecte pas le droit objectif, on perd immédiatement l'affaire.

## **Première partie : le droit objectif**

### **Chapitre 2 : les grandes divisions du droit**

## **1 – Le droit international et le droit national**

### *A – Le droit international*

C'est la conséquence de la division du monde en États.

#### 1) Le droit public international

Les États étant des sujets de droit, ils entretiennent des relations juridiques. Les coutumes internationales (exemple : les immunités diplomatiques) existent depuis la nuit des temps. Les traités internationaux sont aujourd'hui les plus nombreux (économiques, militaires, commerciaux, échanges de professeurs...). Ils lient les États entre eux comme des contrats. Les Hautes parties contractantes doivent obligatoirement exécuter leurs traités, sinon l'autre n'est pas obligée de respecter ses engagements. De grands principes généraux du droit sont reconnus par les grandes nations civilisées (des principes fondamentaux reconnus par toutes les grandes nations). L'ONU est le gendarme international, où les États se réunissent afin de voter des sanctions économiques contre tel ou tel État, voire leur déclarer la guerre. Il y a aussi la cour de justice internationale, composée de juges de toutes les nations du monde, elle s'occupe de régler les litiges qui opposent les États (siège à La Haye). Les États y soumettent eux-mêmes leurs litiges. Il y a également la cour de justice internationale pour l'ex-Yougoslavie, où l'on juge encore des chefs militaires pour crimes contre l'humanité. La cour pénale internationale permet à des États de poursuivre d'anciens criminels de guerre ou contre l'humanité.

#### 2) Le droit privé international

Il concerne aussi bien les personnes physiques que morales. Les conflits de loi représentent 90 % des litiges, mais on en note également au sujet du statut des étrangers et des questions de nationalité.

- Les conflits de lois : relations juridiques entre deux particuliers, il y a un élément étranger. C'est cet élément qui va faire que l'on se pose la question de savoir « quelle est la loi qui régit leur relation juridique ? ». Exemple : mariage entre un citoyen marocain et une française en France. Quelle règle de mariage applique-t-on, marocaine ou française ?
- Le droit des étrangers : il traite des droits des étrangers en France (séjour en France, vie en France, éloignement...). Tout dépend de la nationalité, des parents, des conditions...
- Le droit de la nationalité : comment est-elle attribuée, comment s'acquière-t-elle, comment se perd-elle ?

### *B – Le droit national*

C'est le droit d'un pays donné sur tout son territoire, jusqu'aux frontières. Il s'applique sur tout le territoire de la république (métropole + DOM/TOM/COM). Le droit national français n'est pas le même partout. Il existe par exemple des lois d'outre-mer qui tiennent compte des usages locaux. Dans les COM, c'est le principe de la spécialité législative qui prédomine, nécessitant une disposition spéciale pour être appliquée dans ces endroits (hormis dans les matières régaliennes, qui ne peuvent être aménagées). On observe aussi des règles de droit spéciales en Alsace et en Moselle, en raison des changements de nationalités de ces régions. Il existe un droit local spécifique.

## 2 – Le droit national public et le droit national privé

### A – Le droit public

On parle de « droit public » car ses branches intéressent la puissance publique (l'État et les collectivités territoriales, les établissements publics). Rentrent dans le droit public à titre principal trois branches : la branche du droit constitutionnel, le droit administratif et le droit des finances publiques.

• Le droit constitutionnel s'intéresse aux constitutions (texte fondamental qui régit la vie politique d'un pays). Depuis 1789, la France a connu une quinzaine de constitutions. La constitution actuelle est celle du 4 octobre 1958 et elle soumet le texte au peuple. Depuis sa date de création, elle a été modifiée à plusieurs reprises à Versailles par les députés et les sénateurs. Ils forment dans ce cas le congrès. Le bloc constitutionnel (c'est-à-dire les textes les plus importants) comprend la constitution, la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le préambule de la constitution de 1946 (conservé car maintenu par la constitution de 1958), la charte de l'environnement (de 2000) ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république. Il existe des juridictions particulières pour chaque branche, ici la Haute cour (ne pouvant juger qu'une seule personne, le chef de l'État, sur une éventuelle destitution, lorsqu'il a commis des manquements à ses devoirs qui sont manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat, composée de tous les députés et tous les sénateurs), la cour de justice de la république (douze parlementaires et trois juges de la cour de cassation, qui jugent les ministres ou anciens ministres ayant dans l'exercice de leur fonction commis des crimes ou délits) et enfin le conseil constitutionnel (composé de neuf juges et dont les anciens présidents de la république sont membres de droit et à vie et doivent dire si l'élection présidentielle a été entachée d'incidents ou non, mais il juge aussi la constitutionnalité des lois).

• Le droit administratif régit les relations entre les administrations et les administrés. Il y a bien des textes mais il se fonde surtout beaucoup sur la jurisprudence (autrement dit les décisions de justice). On parle de « fonctionnaire » lorsque quelqu'un travaille dans l'administration, et son traitement (son salaire) augmente en fonction de son ancienneté. Il a des juridictions particulières pour connaître les litiges. Ces juridictions s'appellent les tribunaux administratifs (excès de pouvoir, plein contentieux).

• Le droit des finances publiques cherche à savoir d'où vient l'argent de l'État, des collectivités territoriales, et des établissements publics administratifs. Impôts payés par les personnes morales et physiques, taxes, legs, dons ? Où va l'argent de l'État ? Il existe une comptabilité publique, avec des comptables publics qui tiennent des registres de dépôts et retraits de fonds. Chaque 31 décembre, le comptable arrête son registre et celui-ci est examiné par une cour régionale des comptes.

### B – Le droit privé

C'est une branche du droit au service des particuliers. Il se compose du droit civil ou droit commun (destiné à régir toutes les vocations juridiques qui ne sont pas régies par des droits spécifiques et qui s'appliquent à tout le monde). Il régit aussi le droit commercial et le droit rural (code du droit rural et maritime). Les agriculteurs sont des civils, en cas de litiges ils

sont assignés devant les tribunaux de proximité ou devant les tribunaux d'instance. Le droit social est, lui, relativement récent (1936) et se divise en deux. Droit du travail (employeur et employé du secteur privé).

### C – La valeur de la division : droit public/droit privé

Les infractions pénales du droit privé ne peuvent concerner que les particuliers, et donc les délits commis ne peuvent avoir les mêmes sentences. Le droit pénal a donc sa place dans le droit privé, sauf lorsque c'est l'État qui est concerné, on dit que c'est le droit public. Le droit pénal est une matière mixte, ou même une branche à part.

## **3 – L'évolution historique du droit civil français**

### A – Le droit civil avant le code civil

Le droit civil sous l'Ancien Droit (1789) prend fin, et est remplacé par le droit intermédiaire (1789-1804).

#### 1) L'Ancien Droit

Il se caractérisait par la multitude de ses sources. La France était divisée en deux parties, au sud s'appliquait le vieux droit romain, alors qu'au nord se trouvait une multitude de coutumes (300 générales et 600 rurales). Le droit canonique s'appliquait aux clercs et aux laïcs. S'ajoutaient aussi les ordonnances royales et les édits. Il y avait encore les arrêts des règlements du Parlement de l'Ancien Régime (cours de justice). Les juges d'un parlement rendaient des arrêts et ajoutaient qu'une solution trouvée serait appliquée pour toutes les affaires semblables dans une région. Napoléon abolit les arrêts des juges dans le code civil. Ses caractères : c'était un droit de classe (chaque classe avait son propre droit), c'était un droit en grande partie religieux.

#### 2) Le droit intermédiaire

Il se situe à l'opposé du droit de l'Ancien Régime sur de nombreux points. Ses sources sont votées par les députés et la loi est un être suprême. Les groupes ont tous les mêmes lois. Chacun peut faire l'artisanat ou le commerce de son choix sans être membre d'une corporation. La loi Le Chapelier interdit les corporations et les dissout. Le droit devient laïque.

### B – La codification du droit civil

Le consulat permet de rentrer dans une période de calme politique. Profitant du retour du calme, il décide de créer un code civil. Napoléon avait besoin de quelques règles civiles pour lui-même. Bonaparte nomme quatre grands juristes pour former une commission : deux juristes du nord de la France et deux du sud. Cette commission fait un préambule extrêmement long. On demande aux cours d'appel leur avis, ainsi qu'au tribunal de cassation. L'affaire est ensuite passée devant le Conseil d'État, qui vote la constitution lui aussi. Trente-six lois ont finalement été votées. Il comprend six articles préliminaires et 2281 au total.

## Chapitre 3 : les sources supranationales du droit

### 1 – L'internationalisation du droit

#### A – Les sources du droit international

Les différents traités : les traités cadres.

#### B – La mondialisation du droit : l'OMC

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) est l'un des plus grands traités cadres : pas moins de 150 États sont concernés. Elle siège à Genève (depuis 1995). Elle a différentes « pièces » (différentes institutions) :

- La conférence ministérielle : elle comprend les gouvernements des États membres, les représentants étudiant la question des entrées de nouveaux États membres.
- Le conseil général : composé d'ambassadeurs, de chefs de délégation et de spécialistes du droit international : il va former l'ORD (l'organe de règlement des différends).
- Les trois Conseils pour le commerce des marchandises, pour le commerce des services et pour la propriété intellectuelle
- Les commissions et sous-commissions : textiles, produits alimentaires, services...

Sa fonction : faciliter les relations commerciales au niveau mondial (les 150 États membres représentent 95 % du commerce mondial, l'UE est membre, la France aussi). Des règles, normes sont établies, visant à ce que chaque État s'engage à ne pas dresser de barrières abusives (ni directes ni indirectes) aux importations des autres États membres. Elle stimule une certaine concurrence positive pour les consommateurs.

Possible naissance d'un différend : comment se règle-t-il ?

Le plus fort ne peut pas imposer sa décision au plus faible : il ne peut plus faire justice lui-même, il doit suivre une procédure. Selon le « Mémoire d'accord » (code de procédure), les États sont obligés de suivre la procédure qui suit :

- Première étape : lorsqu'un différend naît entre deux États, l'État plaignant doit expliquer en quoi tel ou tel pays pose une barrière qui n'est pas conforme à tel ou tel traité. Le plaignant et l'accusé ont l'obligation de se rencontrer (plusieurs réunions) pour essayer de régler leur différend par eux-mêmes. Si un accord est trouvé, la procédure s'arrête là, sinon :
- Deuxième étape : l'OMC désigne un « groupe spécial » (constitué seulement pour une affaire spéciale) : des experts (techniciens, ingénieurs) mondiaux sont rassemblés en comité (un panel d'experts). Il va entendre les deux parties, chacune va présenter ses arguments, ses preuves. L'organe spécial va rendre un rapport avec des conclusions.
- Troisième étape : droit d'interjeter l'appel devant l'organe d'appel à Genève (il est permanent, contrairement au groupe spécial. Un peu comme la Cour de cassation en France, l'organe d'appel ne rejuge pas les faits, il vérifie si les deux pays sont membres, si dans le cadre des sous-traités il y en a un qui traite de la question, si les parties ont respecté le droit de la défense (grandes règles de procédure...). Il juge en droit. Si aucune faute de droit n'a été commise, l'organe confirme le rapport du groupe spécial. Si ça n'est pas le cas, soit l'affaire ne relève pas de l'OMC, soit il y a violation des règles. Le pays qui a perdu a l'obligation de

se rapprocher du pays qui a gagné, il doit abaisser la barrière ou proposer une compensation financière (exemple : surtaxe de droit de douane). Si le gagnant n'accepte pas la proposition, il va demander à l'ORD de rendre exécutoire la décision : ils vont se prononcer par consensus. L'OMC police le commerce international.

## 2 – L'européanisation du droit

Il existe deux Europe :

### A – Le droit de l'Union européenne (27 États membres)

Il a commencé à six États membres. Quel est le droit de l'Union européenne ? Qui le fabrique, comment s'appelle-t-il ?

Des institutions, des pièces fabriquent le droit :

- Le conseil européen des chefs d'États et de gouvernements. Il se réunit au moins deux fois par semestre. Sont présents le chef d'État ou le chef de gouvernement de chaque État membre (en France, le président car il dirige le pays, en Espagne le premier ministre car le roi ne dirige pas le pays). Ce conseil prend les grandes décisions : il ne légifère pas directement, il donne l'impulsion à l'UE. Il fixe les grandes lignes à venir. (exemple : créer une monnaie unique).

- La commission de Bruxelles (ou de Luxembourg). Elle se compose de commissaires nommés par les États membres, mais il faut que les eurodéputés examinent leur candidature, leur approbation étant obligatoire (aval des eurodéputés). Les commissaires sont entourés d'interprètes et de spécialistes. Cette commission est la gardienne du droit communautaire : elle veille à ce que tout le monde respecte le droit communautaire. Elle met en demeure si un pays ne le respecte pas, elle traduit devant la cour de justice européenne, elle amende. Elle a le quasi-monopole de proposer les réformes en droit communautaire. Les textes passent devant le Parlement.

- Le Parlement, ou assemblée de Strasbourg. Il se compose des députés européens, élus par le peuple de chaque pays et dont le nombre varie selon la population du pays. Au cours de la même semaine, chaque population va voter pour les eurodéputés. On les range par étiquette politique, et non par nationalité. Les eurodéputés interviennent lors du vote du budget des communautés. Au sujet du pouvoir législatif des eurodéputés : certaines fois, ils donnent un avis favorable ou défavorable qui peut ne pas être suivi. Certaines fois encore, ils votent (comme en France pour voter une loi) : texte en codécision entre les députés et un autre organe (ci-dessous).

- Le Conseil de l'Union européenne ou le Conseil des ministres (pour éviter la confusion) [si on parle du Conseil tout court, c'est celui-là] : composé des ministres nationaux, qui se rendent à Bruxelles (ou à Luxembourg) pour rencontrer leurs homologues. Les ministres varient en fonction de l'ordre du jour. Il détient le pouvoir législatif, soit tout seul, soit en partage avec les députés du Parlement. Ils votent parfois à la majorité (rare) ou à l'unanimité (rare) ou encore à la majorité qualifiée (le plus souvent).

• Les pièces consultées par avis : le conseil économique et social (350 personnes venant des États membres, représentants des commerçants, industriels, agriculteurs...). À chaque fois qu'on veut écrire un texte de droit dérivé, on demande son avis, mais il ne légifère pas. Le comité des régions tient, lui, compte des régions des États, il donne la parole aux collectivités locales concernées par la réforme.

La composition du droit communautaire :

Il se compose du droit primaire et droit dérivé.

• Le droit primaire comprend les traités fondateurs de l'UE, au nombre de trois :  
o Le traité de Paris de 1951, qui instaure la CECA (Communauté européenne du charbon et de l'acier) pour les six États fondateurs et pour une durée de 50 ans (il n'existe plus).  
o Le traité de Rome de 1957, qui fait naître la CEEA (Communauté européenne de l'énergie atomique, droit de l'Euratom).  
o Le traité de Rome de 1957, qui fait naître la CEE (Communauté européenne économique) : il ne parlait que de l'économie au sein de l'union. Puis dans les années suivantes : échanges de profs, d'étudiants, etc. (rôle culturel, éducatif). La communauté est devenue la CE.

Ces traités ont été modifiés à moult reprises, par exemple par le traité de Lisbonne en 2009 (plus connu sous le nom de « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », TFUE, qui remplace la CE). Drame : changement des numéros d'articles.

• Le droit dérivé, qui comme son nom le laisse penser dérive des traités du droit primaire : décrets ou arrêtés. Il est fait par les étapes précédentes.

o Les règlements communautaires : sous la forme d'un écrit, on a un exposé des motifs, puis des articles. Ces règlements sont publiés au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et sur internet, sur le site Legifrance. Il entre en vigueur à la date qu'il précise s'il indique une date, ou alors 20 jours après (comptant dès le lendemain de la parution). Il est une source directe du droit communautaire : il s'applique dans tous les États membres, et écrase tous les textes lui étant contraire. Il est interdit à chaque État membre de légiférer à l'encontre du règlement. Il faut uniformiser toute l'UE.

o Les directives communautaires : même cheminement que le règlement. À la Majorité qualifiée. On expose les motifs, puis articles. Fin : les États membres ont un délai donné pour transposer dans leur droit interne ce qui est dit dans la directive ; les États membres devront modifier leur droit interne avant la date butoir. Elles s'adressent aux gouvernements. Si l'État n'obéit pas à légiférer dans leur sens, la commission de Bruxelles le met en demeure, lui donne un délai pour réagir, ou sinon le traduit devant la cour. Une directive s'adapte aux traditions, usages et coutumes de chaque pays, chaque État a le soin de déterminer les détails, ce qui laisse une certaine souplesse pour l'appliquer.

o Les décisions diverses : elles sont prises par le Conseil des ministres ou par la Commission : elles peuvent concerner tous les États membres (rare), simplement certains (plus souvent), ou un seul État, ou seulement des entreprises, ou même une seule entreprise. Elles ont un caractère coercitif : le destinataire doit obéir (effet direct). Exemple : la commission a pris la décision sur le cas suivant : une entreprise anglaise fabriquait des fromages mous et les exportait en pratiquant une technique du lait blanc, à savoir qu'en fin de journée, on injectait de l'eau et du détergeant pour nettoyer les tuileaux, qu'on récupérait pour faire du fromage.

La technique présente un danger alimentaire, la commission était donc en droit de se substituer à l'État, et a fait fermer l'entreprise.

o La commission prend des avis, des recommandations envers les États. Elles n'ont pas de caractère coercitif.

o Les grands principes du droit communautaire : un État membre s'interdit de refuser son territoire à un de ses nationaux, ou d'expulser un de ses nationaux.

o La jurisprudence : décision de justice qui fixe des principes car les juges tranchent le litige toujours dans le même sens : il existe deux juridictions communautaires : les arrêts : le tribunal de première instance à Luxembourg (TPI), et la cour de justice de l'UE à Luxembourg également (CJUE).

-- TPI : 27 juges, un par État membre. Un greffier car la procédure est écrite. Il connaît la plupart des recours et les examine en faits et en droit. Audience orale, puis décision. Les plaideurs sont : la Commission (représentée par un agent, haut fonctionnaire de la commission) contre un État (représenté par un agent également, haut fonctionnaire de l'État), les entreprises (représentées par un avocat quelconque). Il rend un jugement, qui peut faire l'objet d'un recours.

-- CJUE : 27 juges + avocats généraux + greffiers. Les juges sont nommés dans les mêmes conditions que les juges du TPI : les États membres les désignent, mais il faut que les 26 autres États acceptent ce nom (consensus des États pour le juge). Les juges nommés doivent ensuite être indépendants de leur pays. Ils doivent avoir des « compétences notoires en droit communautaire » et pouvoir occuper les plus hautes fonctions judiciaires dans leur pays. Les avocats généraux sont nommés dans les mêmes conditions que les juges : on confie les dossiers à l'avance à un avocat général. À l'audience, ils résument l'affaire et vont dire quel texte devrait s'appliquer : ils donnent leurs conclusions (« on devrait débouter telle partie en vertu de tel traité... »). Ces conclusions ne lient pas les juges (plus ou moins comme les rapporteurs publics en France). La Cour juge en droit, elle examine si la juridiction inférieure a bien respecté les règles de droit. Bon article ? Bonne procédure ?

Les recours sont directs ou indirects :

Les recours directs : devant les juridictions de Luxembourg, les principaux sont :

• Le recours en annulation : pour annuler un règlement communautaire (droit dérivé) qui serait illégal et qui cause un grief (sans quoi on ne peut agir). Il faut agir dans les deux mois de sa publication au JOUE. Si le règlement est annulé, il n'est plus source de droit nulle part dans l'UE. Le règlement peut être illégal si la procédure de l'élaboration n'a pas été respectée par exemple.

• Le recours en manquement : la commission a pour mission de surveiller si tout le monde respecte le droit communautaire. Une mise en demeure intervient en cas de non-respect d'une directive (invitation au tribunal, condamnation le cas échéant). Ce recours conduit la juridiction à une condamnation financière.

• Le recours en carence : il sanctionne les institutions communautaires (commission ou Conseil des ministres) si elles n'ont pas agi, si elles ne sont pas sorties dans les délais (carence). Condamné à rien du tout, l'arrêt est rendu et publié.

• Le recours des entreprises contre les sanctions financières que leur a infligées la commission dans le cadre de la violation des ententes, de la libre concurrence. Il est verbalisé d'une amende, donc les entreprises peuvent faire un procès à la commission.

Les recours indirects :

• Le recours en exception d'illégalité : si un des litigants s'appuie sur un règlement communautaire lors d'un procès national et s'il le perd. Exception d'illégalité du règlement communautaire : le juge saisit la Cour pour savoir si le règlement est légal ou illégal. Le recours n'est pas enfermé dans un délai de deux mois contrairement au recours d'annulation.

• Le recours en interprétation : idem que le recours précédent dans un procès national. Si un mot pose problème dans le texte communautaire (exemple : « femme ») : le juge sursoit à statuer : il demande directement à la Cour quelle interprétation il doit prendre. La cour dit pour droit que dans ce règlement, le mot s'entend de telle manière et la réponse est communiquée au juge. Cette réponse s'impose alors à tous les juges de l'UE.

Les caractères du droit communautaire :

• Il est d'application directe : les traités (exemple : ceux du TFUE) s'appliquent directement dans les États sans qu'aucune loi ne soit nécessaire dans les États, sans besoin de les transposer, comme pour les règlements. Le droit s'applique à la verticale (aux États), mais aussi à l'horizontale (aux gens sur les territoires des États membres de l'UE) : un particulier peut invoquer à son profit une règle de droit communautaire à un procès par exemple.

• Il est bénéficiaire du principe de primauté : dans la hiérarchie juridique des États membres, on s'est demandé où il se plaçait le droit communautaire pour les États membres. La CJUE a donné la directive dès 1964, dans l'arrêt Costa : le droit communautaire est un droit supérieur aux systèmes juridiques des États membres. En 1978, elle dit que les juges nationaux ont l'obligation de refuser d'appliquer le droit contraire au droit communautaire s'il est antérieur ou postérieur. La Cour de cassation française, dans l'arrêt Jaques Vabre (24 mai 1975) : les juges français ne doivent pas appliquer le droit national lorsqu'il est contraire au droit communautaire, qu'il soit postérieur ou antérieur. Le Conseil d'État, dans l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989, stipule également qu'il ne faut pas appliquer le droit national s'il est contraire au droit communautaire (droit primaire et droit dérivé). Il prime sur le droit national.

• Le principe de la subsidiarité : il existe des domaines où les États membres ne peuvent pas légiférer, alors qu'à l'inverse les autorités européennes peuvent toujours intervenir. Il existe des secteurs où les États et les autorités européennes peuvent légiférer tous les deux. Dans les domaines où il y a concurrence, s'il y a « cafouillage » entre les pays de l'Union, la commission fait un texte qui s'applique dans tous les États pour unifier la règle. Exemple : le règlement CE 566/2008 sur la définition du veau, sujet du domaine de concurrence. Dans un premier temps les autorités européennes ne sont pas intervenues, l'Espagne considérait qu'un veau pouvait avoir douze mois, la France six mois maximum. La libre circulation des marchandises posait un problème, on estimait qu'il y avait concurrence déloyale. La commission a fixé la norme à 8 mois pour l'Europe.

## B – Le droit européen des droits de l'Homme (47 États membres)

L'Europe des droits de l'Homme repose sur la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentale de 1950 (modifiée depuis sur certains points). La France ne l'a ratifiée qu'en 1974. Aujourd'hui, on dénombre 47 États membres. Les 27 États de l'UE y sont présents, accompagnés d'autres membres européens (Suisse, Turquie, puis pays issus de l'URSS pour la plupart). Les États s'engagent à respecter l'ensemble des DDHDF de la convention. Toutefois, un État a le droit de choisir de ne pas ratifier certains points de la convention. En l'acceptant, l'État s'engage lui-même, sur tout son territoire à respecter la DDHDF. Il s'engage aussi à faire respecter les DDHDF sur son territoire (qu'il s'agisse des entreprises, des personnes...). C'est un engagement double. Un État peut invoquer la violation de cette DDHDF, et les particuliers aussi (personnes, sociétés, associations). Elle s'applique à la verticale et à l'horizontale : aux États et aux particuliers.

En cas de non-respect, un procès est ouvert devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg : 47 juges, un par pays adhérent. Il faut avoir été placé sous la juridiction de l'État qu'on accuse. Parmi les articles dont les dispositions sont le plus souvent violées se retrouvent l'article 2 : atteinte à la vie et l'article 3 : interdiction de la torture. Après avoir saisi les juridictions nationales, puis épuisé les droits de recours interne, il est possible de déposer une requête à la cour. Celle-ci possède une section qui se compose de trois juges qui examinent le bienfondé de la requête, une chambre composée de sept juges à Strasbourg (droit commun) ou encore de la Grande chambre de 17 juges.

Si un État ou une personne viole la déclaration des DHLF, la Cour condamne l'État à verser une indemnité équitable et à rembourser les frais de justice. Si l'État n'a pas respecté tel article, il doit tirer les conséquences de cette condamnation, en mettant en œuvre des réformes pour que ça ne se reproduise plus. Exemple de cas : il y a quelques années, la police française plaçait sous écoute téléphonique des personnes suspectées dans une affaire dite « Kruslin » : violation de l'article 8. La France est condamnée le 24 avril 1990 et obligée de changer sa législation sur les écoutes téléphoniques. Il faut maintenant l'autorisation d'un juge d'instruction. Autre exemple : le changement de sexe jusqu'en 1992 pour le transsexualisme.

## **Chapitre 4 : les sources nationales du droit**

Il en existe quatre catégories :

- Les sources directes : lois, règlements et coutumes : elles s'imposent aux juges.
- Les sources indirectes : le juge n'est pas tenu d'en tenir compte.
- Les sources légiférées : lois, règlements et ordonnances.
- Les sources non légiférées : non formel, jurisprudence, doctrine, réponses ministérielles, coutume, etc.

### **1 – Les sources légiférées : loi, règlement et ordonnance**

#### *A – L'origine*

Qui prend les lois, règlements, ordonnances ? Qui est le législateur ?

- Les lois : Constitution de 1958 : article 34 : la loi est votée par le Parlement : les deux chambres : l'Assemblée nationale composée de députés (élus au suffrage universel pour cinq ans), et le Sénat (Jardin du Luxembourg, mandat de six ans, les élus les élisent).

- Les règlements : Constitution, article 37 : le règlement est pris par l'exécutif.
  - o Au niveau de la France : le Président de la République, gouvernement avec à sa tête le premier ministre et les autres ministres.
  - o Au niveau des départements : le préfet.
  - o Au niveau local : les maires.

On parle de décrets pour le Président de la République et le premier ministre. On parle d'arrêtés pour les ministres, préfets ou maires.

- Les ordonnances : article 38 de la Constitution, elles ont pour origine le Parlement et l'exécutif. Le premier ministre va prendre une ordonnance qui va être publiée au JO, mais seulement s'il a été habilité par une loi (dite d'habilitation) votée par le Parlement. Car les sénateurs ne sont pas toujours réunis, or le gouvernement est permanent, donc il faut faire des réformes, mais certaines fois cela relève du domaine de la loi.

### B – Le domaine

- Les lois : article 34 de la Constitution : les matières listées ne peuvent être réformées que par une loi. Pour certains mots clés pour tout : les libertés publiques (droit d'association, liberté religieuse...), l'état des personnes (état civil = droit du mariage, du divorce, nationalité, nom prénom, la capacité des personnes majorité : curatelle, tutelle), droit pénal pour les crimes et délits, la procédure pénale, la nationalisation/dénationalisation des entreprises... Ou que pour poser les principes généraux, le détail revient aux règlements. Dans les matières : droits réels (droits qui portent sur des choses, exemple : droit de propriété, droit d'usufruit, droit d'hypothèque, droit de gage...), droit des obligations (notamment droit des contrats)...

- Les règlements : article 34 : renvoie à l'article 37.  
Article 37 de la Constitution : le règlement a compétence pour régler toutes les matières qui ne sont pas listées dans l'article 34. Exemple : les contraventions relèvent des règlements, tout comme la procédure du divorce.

- Les ordonnances : par définition le même que le domaine de la loi. 2005 : modification par ordonnance de la filiation.

### C – L'autorité

Les lois : on distingue plusieurs sortes de lois : certaines étant plus importantes hiérarchiquement :

- Les lois référendaires (article 11 de la Constitution) : Président de la République présente son projet de réforme au conseil constitutionnel, et ensuite au peuple par référendum. Ensuite on ne pourrait pas la soumettre au Conseil constitutionnel par la suite.

• Les lois organiques : elles sont plus fortes que les lois ordinaires. Elles réglementent le fonctionnement des grands organes de l'État = la fonction de l'Assemblée nationale, l'organisation du Sénat, les rapports entre le gouvernement et le Parlement, le statut de l'Outre-Mer... Les projets sont présentés au Conseil d'État, avant ensuite que les députés-sénateurs votent à une majorité (plus forte que d'habitude) et qu'elles soient publiées au JO.

• Les lois (ordinaires) : elles sont infra-constitutionnelles, et infra-traités internationaux. Le Président de la République, le premier ministre, le Président du Sénat, ou encore soixante sénateurs-députés peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Lorsqu'une question prioritaire constitutionnelle est posée lors d'un procès, c'est le Conseil constitutionnel qui s'en charge.

Les règlements : autorité moindre que la loi. Ils se classent selon une hiérarchie :

• Décrets du Président de la République.

• Décrets du premier ministre.

• Arrêtés ministériels.

• Arrêtés préfectoraux.

• Arrêtés municipaux (affichés à la porte de la mairie). Recours avant deux mois. Il faut expliquer son grief et démontrer un excès de pouvoir (violation d'un arrêté préfectoral ou ministériel...). Exception d'illégalité (suspension de l'arrêté).

Dans un procès, si un règlement non conforme est invoqué, il peut y avoir saisie du tribunal administratif, qui peut le déclarer illégal : illégalité d'ordre administratif.

Tribunal répressif : les juges répressifs ne peuvent pas l'annuler.

Les ordonnances : la loi d'habilitation contient toujours un délai (six ou neuf mois). Dès que la loi d'habilitation est votée, l'ordonnance sort au JO. Elle a une valeur de règlement. Au bout du délai, 1) l'ordonnance devient caduque, elle n'est plus source de droit si le gouvernement ne fait rien. 2) le gouvernement dépose devant le Parlement son ordonnance. Soit a) les députés sénateurs ratifient l'ordonnance, qui prend valeur de loi, soit b) ils refusent, l'ordonnance ne vaut plus rien. c) Si le parlement ne la ratifie pas, alors l'ordonnance continue à prendre effet, mais à titre de règlement.

## **2 – Les sources non légiférées**

### A – La coutume et les usages

Il faut que les deux éléments soient réunis pour être en présence d'une coutume juridique (source de droit) :

• Élément matériel de la coutume : habitude, comportement. Il faut que la chose soit répétée. Et il faut qu'elle soit ancienne (sous l'appréciation du juge). Toujours actuelle, et générale.

• Élément psychologique : la foi, la croyance, la conviction profonde que cette règle est obligatoire.

Les rôles de la coutume. On en distingue trois catégories :

• Segundum legem : « qui seconde la loi » : une loi pose un principe, et pour le détail renvoie aux coutumes (locales, professionnelles...). Exemple du code civil : « les mineurs sont représentés dans la vie juridique par leurs représentants légaux, excepté dans les cas où les usages, la coutume autorise un mineur à agir seul ». Un mineur peut acheter seul un paquet de bonbons (les parents ne peuvent pas annuler le contrat), mais acheter une chaîne hi-fi n'est

pas d'usage courant (variable selon l'âge, le prix, la condition...).

- Praeter legem : les lois ne peuvent pas tout prévoir, ni les règlements. Il existe des vides législatifs. La coutume se développe en marge des lois.

- Contra legem : combat de la coutume contre une loi/règlement, qui n'est plus appliqué(e) par la population, en faveur d'une coutume. Elle abroge la loi par désuétude. On distingue : la loi impérative, que la coutume ne peut pas abroger, et la loi non impérative, que la coutume peut abroger.

Coutume, usage : quelle différence ?

En France, les femmes mariées ont pour habitude de se faire connaître sous le nom de leur mari : il s'agit d'une coutume car la pratique est étendue. L'usage a un domaine géographique beaucoup plus restreint que la coutume, celui de cette dernière étant très large : national ou plus. On n'aurait pas à prouver les coutumes aux juges, car le juge la connaît, contrairement aux usages, qu'il faudrait prouver. La Cour de cassation contrôle l'application des coutumes comme des lois. Si une Cour d'assises viole une coutume ancestrale, la Cour de cassation la casse. Si la Cour d'assises viole un usage, la Cour de cassation n'effectue en revanche aucune censure.

B – Les autorités : la jurisprudence et la doctrine

La jurisprudence, est-elle source de droit ?

Les arguments défavorables :

- Argument de droit constitutionnel : séparation des pouvoirs. Un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire (composé des juges). Les juges sanctionnent ceux qui ne respectent pas la loi et le règlement : ils ne sont pas là pour créer des règlements, sinon ils empiéteraient sur l'exécutif et le législatif.

- L'article 5 du Code civil (article d'origine, jamais modifié depuis 1804) interdit au juge de juger par voie de disposition générale et réglementaire. Il condamne les arrêts de règlement de parlements de l'Ancien Régime (des juridictions, équivalentes aux actuelles cours d'assises, étaient quasi-souveraines). Lorsqu'un parlement devait juger une affaire et qu'il existait un vide législatif, les parlementaires créaient eux-mêmes la règle, et avaient force de source de loi. Condamnation des arrêts, or la jurisprudence consiste à juger toujours dans le même sens une « même » affaire.

- L'autorité relative de la chose jugée : article 1351 du Code civil. Le jugement est une présomption de vérité et ne vaut que pour une affaire donnée, que pour les parties jugées.

L'argument favorable :

Article 4 du Code civil (article d'origine) : le juge qui refusera de juger au motif d'absence, d'insuffisance, d'obscurité de loi sera condamné pour déni de justice, puis traduit devant les juges répressifs (+amende de 750 €). Même s'il existe un vide législatif, le juge se doit de

juger. Il va créer lui-même une loi pour cette affaire. Il va faire attention de ne pas tomber dans l'article 5 : il ne pourra pas se resservir de ce jugement. La jurisprudence est une source de droit indirecte. Elle peut influencer, elle ne s'impose pas au juge.

Comment se forme la jurisprudence ?

On observe un phénomène d'imitation (on s'inspire des revues : Jurisprudence Dalloz, la Semaine Juridique, la Gazette du Palais, etc.). On copie souvent la Cour de cassation ou la cour d'assises...

Hiérarchiquement :

Cour de cassation (assemblée plénière, puis assemblée mixte, puis ...) puis cours d'assises, puis le reste. La Cour peut donner des avis pour interprétation d'une loi.

Inconvénient : la jurisprudence met du temps à se former et il y a risque de revirement de jurisprudence. Problème : une concubine a-t-elle le droit à des dommages et intérêts en cas d'accident de son concubin ? Arrêt « Dangereux » du 27 février 1970 : la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence. Solution prétorienne = solution jurisprudentielle.

La doctrine.

C'est une source indirecte comme la jurisprudence.

Elle est issue des travaux des grands juristes, des jurisconsultes. Elle renvoie à des auteurs : Beaumanoir (13e siècle, anciennes coutumes de Bretagne), Dumoulin (coutumes de Paris), Pothier (contrats), Loysel (institutions coutumières, professeur de la Sorbonne 1536-1617, à l'origine des expressions : « en mariage, trompe qui peut », « qui fait l'enfant doit le nourrir », autrement dit « qui donne la vie donne le pain »).

La doctrine après le Code civil : l'école de l'exégèse : commentaire article par article. À partir de 1900 : école de la libre pensée scientifique, menée par Gény, professeur à l'université de Nancy. La doctrine contemporaine : les « grands maîtres » : Philippe Malaurie, Jean Carbonnier, etc. La doctrine prépare le travail des juges.

C – Les autres sources subordonnées

Il s'agit de sources mineures, hiérarchiquement peu élevées, pas toujours sources de loi...

Chaque ministre va être appelé à donner des réponses ministérielles, à sortir des circulaires et inscriptions ministérielles.

• Les réponses ministérielles :

Les députés ou sénateurs posent une question par écrit au ministre (intérieur, ou commerce). Le ministre a l'obligation constitutionnelle de répondre. La réponse sera publiée au journal officiel de l'assemblée nationale ou du sénat (JOAN ou JOS). Réponse sous réserve que les tribunaux puissent juger différemment, elle peut servir utilement dans un procès.

• Les circulaires et inscriptions ministérielles :

Il s'agit souvent de lois nouvelles ou de traités internationaux peu clairs causant un problème d'interprétation. Le ministre peut prendre une circulaire ou une inscription ministérielle : cours de droit où l'on explique comment telle loi doit s'interpréter. Elles ne sont pas sources de droit, il n'est normalement pas possible de s'en servir dans un procès.

Il existe des circulaires contra legem : rajout d'une condition ou retranchement d'une condition non prévue par la loi (elle peut être annulée devant des juges administratifs).

• Les pratiques et réglementations professionnelles :

Sous l'Ancien Régime, les corporations édictaient des règles pour une profession.

En 2011, la loi Le Chapelier de 1791 a aboli les corporations, mais il existe des syndicats. Ces groupements professionnels établissent des règles professionnelles internes à la profession, faites par ceux de la profession. Les règles créées par les professionnels ne sont pas source de droit normalement, mais les juges y prêtent attention car les règles établies le sont généralement pour un produit loyal et marchant.

• Les règles de l'entreprise privée :

Ce sont des règles de droit autres que celles du droit du travail.

o Les sources négociées : contrats de travail (marge de liberté assez réduite, règles impératives qu'on ne peut pas écarter, exemple : smic, congés payés, c'est un contrat d'adhésion et un contrat d'impératif), les conventions collectives, qui s'appliquent en tant que salarié même si elles sont ignorées ou non négociées (elles accordent plus de droit que le code du travail).

o Les sources unilatérales de l'entreprise : le règlement intérieur, rédigé par l'employeur, les usages d'entreprise : un employeur peut faire naître un usage d'entreprise, exemple : treizième mois (l'usage naît au bout de trois fois). L'employeur peut-il l'enlever unilatéralement? Oui, s'il prévient qu'il y met fin.

## **Chapitre 5 : l'application du droit objectif**

### **1 – L'application obligatoire du droit**

#### *A – Le droit impératif et le droit non impératif*

Le droit impératif.

Qu'est-ce que le droit impératif ? Le droit impératif est imposé aux citoyens sans qu'ils puissent s'y soustraire. À quoi on reconnaît un texte de droit impératif ? On le reconnaît en fonction des branches : le droit pénal est impératif, le droit du travail l'est aussi en grande partie, le droit social aussi. Dans le Code civil, tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes est impératif, ou lorsque les articles portent la mention « toute clause contraire est nulle/considérée comme non écrite » (règle impérative).

Le droit non impératif.

Il est proposé par le législateur, et la règle peut être écartée.

On note la règle de droit interprétative. Exemple : le Code civil déclare que sans testament, la loi interprète ta volonté : tes biens vont aller à ta ligne descendante : d'abord les enfants, puis les petits enfants, etc., jusqu'au conjoint et aux parents.

On note les lois supplétives, qui complètent un oubli dans un contrat. Exemple : contrat payer au jour et au lieu où on livre la marchandise si le jour et lieu du paiement n'est pas indiqué.

Les branches du droit non impératif sont le droit commercial, dans le code civil (droit des

contrats). Déduction de la formule de la règle : « sauf close/stipulation contraire ».

La distinction.

Dans le cas où aucune close ne vient écarter une règle non impérative, celle-ci va s'appliquer comme une règle impérative. Si elle est écartée avec une close, cette dernière s'appliquera.

### B – L'application du droit dans l'espace

En France le droit est obligatoire, jusqu'où ?

Le droit français est applicable à tous les éléments terrestres français, à tous les éléments maritimes français, à tous l'espace aérien français.

#### • Quant aux éléments terrestres :

Tout le territoire de la République : la France métropolitaine, Corse comprise, l'Alsace-Moselle (où l'on retrouve du droit local), les départements et régions d'outre-mer (DOM-ROM), à savoir Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion, les collectivités d'outre-mer (COM), c'est-à-dire Saint Pierre, Saint Martin et Saint Barthelemy, Wallis-et-Futuna. Les DOM-ROM sont soumis au principe de l'identité législative, la loi vaut pour ces territoires. Toutefois, la loi peut contenir des aménagements propres à certaines régions. Les assemblées locales ont le droit de prendre des règlements dans des domaines qui relèvent de la loi, excepté dans les domaines « régaliens », comme la justice, la police, la sécurité. Les COM sont soumises également à l'identité législative. Wallis-et-Futuna, la Polynésie française sont soumis à la spécialité législative (la loi n'est pas applicable de plein droit), et peuvent faire des règlements qui relèvent de la loi. Le cas de la Nouvelle Calédonie se rapproche de la spécialité législative, tout comme les territoires aux pôles. Mayotte : principe de l'identité législative (exemple : polygamie).

#### • Quant à l'espace maritime :

Les eaux intérieures comprennent les rivières, fleuves, lacs, étangs...

La mer territoriale comprend la bande de mer large d'environ 22,25 km qui entoure le territoire. Au-delà, il s'agit des eaux internationales. Par fiction, tout navire battant pavillon français, autrement dit dont le port d'attache est français, dans cette zone de mers internationales est assimilé à une portion du territoire national : une infraction sur le navire ou contre le navire relèvera du droit français.

#### • Quant à l'espace aérien :

Le droit français règne dans tout l'espace aérien français : il surplombe tous les éléments terrestres et maritimes français. Pour y pénétrer (par un avion étranger), il faut l'accord de la France. Par une fiction de la loi, les aéronefs immatriculés en France sont présumés territoire national : s'ils se trouvent dans l'espace international ou dans l'espace d'un autre pays : une infraction dans ou contre l'aéronef relèvera du droit français.

### C – L'application du droit aux personnes

• Le système de la territorialité : le droit du pays où l'homme pose ses pas s'applique à cet homme. C'est le droit du sol. 90 % du droit français s'applique à un étranger qui est en France : droit pénal, accidents de la route (quasi-délits civils), droit de la consommation, droit des contrats, etc.

• Le système de la personnalité : la personne physique ou morale conserve son droit national. 10 % du droit français total : droit de l'État des personnes, capacité des personnes...

#### D – L'application des règles de droit selon leur interprétation

On parle ici de l'interprétation des termes abstraits des règles de droit. Exemple : « intérêt de l'enfant », « cause sérieuse de licenciement », etc.

#### Qui interprète ?

Le législateur lui-même : s'il apprend que sa loi pose des problèmes d'interprétation, il peut faire une loi interprétative, qui va venir interpréter la loi, elle rétroagit sur la loi.

Les ministres : si on leur demande, dans le cadre de questions ministérielles. Une réponse ministérielle va être publiée au journal ministériel, portant la mention « sous réserve de l'interprétation des juges ». Les circulaires ou instructions ministérielles, elle ne rajoute pas, ou soustrait pas à la loi.

Les praticiens : les notaires, avocats (dans le sens favorable à leur client).

Les juges : ils interprètent pour juger (et créent la jurisprudence).

#### Comment interpréter ?

• Le raisonnement par analogie : une loi régit une situation très précise. On demande à l'interprète de dire s'il est possible d'étendre la loi à une situation presque identique. S'il y a beaucoup de points communs, par analogie on peut étendre la loi. Il faut trouver l'esprit de la loi. Exemple : le règlement du Parc de Sceaux interdit de rentrer dans le parc avec un chien. Quid d'une chienne ? Esprit du texte, un chien peut-être dangereux, source de pollutions, bruit, etc... Résultat : raisonnement étendu par analogie.

• Le raisonnement a fortiori : il y a de plus fortes raisons de transposer le texte à des situations voisines. Il faut trouver l'esprit de la loi. Exemple : interdiction de chiens dans un parc : et si quelqu'un rentre avec une vache ? À plus forte raison, il semble logique de le condamner.

• Le raisonnement a contrario : on part d'un texte qui est clair. La question est : peut-on appliquer ce texte voisin mais différent ? On interprète selon un raisonnement a contrario, on cherche à voir s'il y a trop de différences entre la situation réglementée par le texte, et la situation. Exemple : poisson rouge tenu en laisse ? L'esprit de la loi prime toujours, pas de raison qu'on transpose le texte.

• Le raisonnement théologique : il faut se demander quel est le but du législateur. Exemple : un règlement de la SNCF interdisait qu'on descende ailleurs que dans les gares et avant que le train ait marqué l'arrêt. Une personne avait sauté du train en marche. Phrase mal rédigée, on a pu croire qu'il n'y avait pas le droit de descendre quand le train était à l'arrêt.

## 2 – L'application du droit dans le temps

### A – L'autorité de la loi et du règlement dans le temps

À partir de quel moment s'applique une loi ou un règlement, et jusqu'à quand produit-elle/ils ses effets ?

L'entrée en vigueur, pour qu'une loi ait autorité : il faut un vote, une initiative. Elle peut provenir du premier ministre ou de parlementaires. Lorsqu'elle émane du premier ministre, on parle de « projet de loi ». Lorsqu'elle émane d'un parlementaire, il est question de « proposition de loi ». Le projet ou la proposition de loi est déposé devant les chambres (le gouvernement choisit l'ordre du jour). Via un ou des amendements, il est ensuite possible d'ajouter ou de retirer quelque chose de l'article : le projet ou la proposition de loi est amendé. A ensuite lieu une discussion sur le texte général à l'assemblée nationale, puis article par article. On vote article par article. Arrivée au Sénat, où la même procédure se déroule. Si les sénateurs apportent des changements, le texte retourne chez les députés (navette parlementaire). Le premier ministre réunit une commission mixte-paritaire, composée de députés et de sénateurs. On peut donner le dernier mot à l'assemblée nationale.

La promulgation : le texte est porté aux yeux du président de la république. Il a quinze jours pour la promulguer. Il n'a pas de droit de veto. Par contre, il peut demander le remaniement du texte. Ou peut saisir le Conseil constitutionnel, qui peut suspendre le délai pour promulguer la loi. Il signe, met une date, et indique un numéro chronologique 2012-1, ou 2, 3, etc. (la date représentant la date de la promulgation). La promulgation est un ordre. La publication s'effectue au Journal officiel de la République française (JO), il y a deux versions : une sur papier et l'autre sur internet (Legifrance). La publication marque le point de départ de l'application concrète de la loi aux citoyens. La loi ne s'applique pas le jour même de la publication (jour entamé) mais le lendemain (à moins que la loi ne soit publiée dans un contexte d'urgence : la loi s'applique alors immédiatement). Ou alors la loi peut rentrer en vigueur plus tard dans le temps, à une date fixée.

Les règlements d'application : tant qu'ils ne sont pas sortis, la loi est inapplicable.  
Pour les règlements : les décrets du chef de l'État et du premier ministre sont publiés au JO comme une loi et entrent en vigueur dès le lendemain de la publication, sauf close contraire.  
Les arrêtés des ministres : ils sont souvent publiés au JO, et entrent en vigueur de la même manière. Sinon, ils sont publiés dans un BO (bulletin officiel). Chaque ministère a un BO.  
Les arrêtés des préfets et des maires : par affichage (aux portes de la préfecture ou de la mairie).

La fin connaît différents scénarios :

• L'abrogation de la loi/du règlement : elle intervient lorsqu'un nouveau texte abroge un ancien.

o Abrogation expresse : le nouveau texte indique expressément quel article est abrogé.

o Abrogation tacite : le nouveau texte ne dit pas quel est le texte ancien abrogé (la plupart des textes).

• La désuétude : si on ne l'applique plus depuis longtemps et qu'une coutume s'est développée.

• La caducité : ce qui a été fait a été valablement fait, et a produit effet un certain temps, mais a été fait pour un temps limité. (exemple : loi fiscale pour une année considérée).

- L'annulation : on fait comme si ça n'avait jamais existé.
  - o D'une loi : question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Le conseil l'abroge : il va regarder si des effets déjà produits par cette loi ne vont pas être annulés.
  - o D'un règlement : recours pour excès de pouvoir (dans les deux mois suivant l'affichage).

### B – Les conflits de loi dans le temps

Quand nous avons une situation juridique en cours et que survient une loi nouvelle, va-t-elle s'appliquer à la situation en cours ? Question de droit transitoire.

Exemple : en matière de situation légale (situation qui ne relève que de la loi : mariage, filiation, divorce) : la nouvelle loi est appliquée En matière de situation contractuelle : une nouvelle loi est promulguée. La doctrine a essayé de trouver des solutions :

On connaît deux écoles :

- La théorie classique : elle repose sur la distinction entre les droits acquis et les simples expectatives (espérances). Un droit acquis est définitivement entré dans le patrimoine, donc le législateur ne peut pas le retirer par une loi nouvelle (exemple : une succession déjà ouverte). Une simple expectative est une espérance, un rêve que l'on caresse (exemple : une succession non ouverte). Une loi nouvelle peut retirer une expectative.

- La théorie moderne : Paul Roubier s'est penché sur les questions de droit transitoire. Les lois nouvelles sont d'application immédiate aux situations en cours, mais ne peuvent pas remettre en cause ce qui a été fait dans le passé. Exemple : la majorité à 18 ans de 1974 : on suppose que quelques jours plus tard une loi nouvelle la remonte à 20 ans, les gens de 18 ans retomberaient alors mineurs. Mais s'ils ont acheté seul un immeuble hier, ce n'est pas remis en cause. En théorie classique : la loi ne serait pas applicable à ceux de 18 et 19 ans, car ils ont un droit acquis à la majorité.

L'article 2 :

Ce qu'il dit :

1) La loi nouvelle s'applique immédiatement pour l'avenir : toutes les situations juridiques qui se créent après la loi nouvelle ou juste avant la loi seront soumises à la loi nouvelle.

2) La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif : on ne revient pas sur ce qui a été fait. Il n'y a pas de remise en cause des choses faites selon le droit applicable avant.

Ce qu'il ne dit pas :

1) Il existe des cas où la loi nouvelle ne s'applique pas immédiatement pour l'avenir : elle ne s'appliquera donc jamais. Dans le domaine contractuel, la loi nouvelle ne va pas s'appliquer à un contrat en cours. Article 1134 : « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Il y a des exceptions dans les contrats : (retour à l'article 2) lorsque la loi nouvelle dit expressément qu'elle s'applique aux contrats en cours. En droit du travail, les lois nouvelles s'appliquent immédiatement.

2) L'article 2 dit que la loi n'est pas rétroactive sauf dans cinq cas :

- Lorsque nous sommes en présence d'une loi civile, commerciale ou de droit social, et que la

loi elle-même dit qu'elle rétroagit : elle va remettre en cause des lois anciennes.

• Dans le cas d'une loi interprétative.

• Lorsqu'on est en présence d'une loi rectificative d'erreur matérielle.

• Dans le cas de lois confirmatives : un acte a été fait sous l'empire d'une loi, sans respecter une loi, et risque l'annulation (exemple : nullité du concours de la magistrature) = rétroactivement elles valident une chose qui endurait une annulation

• Dans le cas de lois pénales de fond (qui définissent les peines, les infractions) : elles peuvent être rétroactives lorsque la loi nouvelle est in mitius (plus douce) que l'ancienne. On fait donc rétroagir la loi nouvelle.

## **Chapitre 6 : la contestation et la reconnaissance du droit**

### **1 – L'organisation judiciaire**

On distingue deux ordres de juridiction (contrairement à d'autres pays, où il n'y en a qu'un seul, comme la Grande-Bretagne). Pourquoi ? C'est le fruit de l'histoire, de la révolution, l'intervention de Montesquieu, de Rousseau, qui ont promu l'adoption d'une séparation des pouvoirs judiciaires. Il ne faut pas que les juges empiètent sur l'exécutif, donc séparation des procès où l'administration est partie prenante.

#### *A – L'ordre administratif*

Au lendemain de la révolution, si un problème survient avec l'ordre administratif, il faut que le citoyen s'adresse directement à l'administration, qui est juge et partie. Napoléon crée le Conseil d'État (qui n'est pas une juridiction au départ), pensé pour conseiller l'État, et notamment les ministres. Il va petit à petit devenir une juridiction. Il ne rend plus des avis, mais des décisions qui s'imposent aux ministres. Les tribunaux administratifs : Bonaparte crée un préfet, qui légifère par arrêté et qui se tourne vers un conseil de préfecture (mini Conseil d'État) pour connaître son avis. Petit à petit, les conseils ont donné des décisions. En 1958 s'effectue un regroupement des conseils de préfecture en région : on crée un tribunal administratif. Il n'y a pas de cour d'appel. Le Conseil d'État fait aussi l'appel et la cassation, mais il devient encombré. On crée alors des cours d'appel administratives (on en compte huit aujourd'hui).

Recours pour excès de pouvoir (démontrer qu'un règlement est illégal) : saisie du tribunal administratif (trois juges administratifs), aucune obligation d'avocat (ni pas d'avocat spécial pour l'administratif). À l'audience, un rapporteur public (juge) va faire un rapport sur l'affaire, oralement. Ce rapporteur (autrefois commissaire du gouvernement), haut fonctionnaire spécialiste en droit administratif qui a examiné préalablement l'affaire, va donner ses conclusions à l'audience. On passe la parole au demandeur et au défendeur. Les trois juges vont se retirer, délibérer, et rendre le jugement. Il n'y a pas de dommages et intérêts, juste l'annulation du règlement.

Saisie de la Cour administrative : trois conseillers, ou cinq conseillers (selon la complexité de l'affaire). Pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, direction la section du contentieux (section qui juge, et non celle de conseil). Elle se divise en dix sous-sections. Elle juge en droit, puis rend un arrêt avec une sous-section, ou plusieurs, ou avec toutes sections réunies. Il y a deux mois pour faire appel, deux mois pour faire cassation. Dans certains cas, le Conseil

d'État est en premier degré : un acte administratif qui s'applique sur tout le territoire (compétence nationale).

Autres procès à l'administration (contrat, fiscal, demande de dommages et intérêts...) : le plein contentieux, ou pleine juridiction. Recours de plein contentieux au tribunal administratif. L'avocat est obligatoire. On demande l'annulation de l'administration qui refuse d'indemniser, une expertise médicale, et demande d'accorder un dommage et intérêt. L'appel et la cassation sont possibles.

Il est « coiffé » par la Cour de cassation.

On connaît trois niveaux, mais seulement deux degrés de juridiction (les juges du fond jugent en faits) :

- La juridiction de première instance.
- La Cour d'appel.
- La Cour de cassation (ne juge qu'en droit).

#### Les juridictions de première instance.

Elles sont nombreuses, elles sont spécialisées par matière, gage de meilleure justice.

Le tribunal de grande instance (des juges professionnels rendent des jugements en collégialité de trois juges. Mais le tribunal peut aussi statuer à juge unique). Il juge des procès civils dont l'affaire concerne un montant supérieur à 20 000 €. Le chef du parquet est le procureur de la République (assisté d'un des substituts du procureur de la République). Il juge de toutes les affaires de droit privé, sauf lorsqu'un texte précis dit spécifiquement qu'il va à une autre juridiction.

#### Les juridictions d'exception.

Le tribunal d'instance : un juge unique, professionnel (même juge qu'au TGI). Il juge des petits procès civils dont le montant oscille entre 4 000 et 10 000 €.

Juridiction de proximité : c'est une création récente destinée à désencombrer les TI. Le juge (statut unique), n'est pas professionnel, mais occasionnel : notaire en retraite, juge en retraite, avocat en retraite, professeur de droit, avocat... Il est payé à la vacation. Il faut avoir un profil de personne diplômée en droit, avec une activité juridique (avocat, notaire) ou judiciaire (juge). Pour devenir juge de proximité, il faut déposer un dossier auprès du ministère de la justice. La nomination est suivie d'une formation. Le juge de proximité traite les affaires dont le montant ne dépasse pas 4 000 € (dans lesquelles l'avocat n'est pas obligatoire).

#### Ces juridictions se transforment en pénal : roulement des juges.

Le TGI devient le tribunal correctionnel (avec les mêmes juges), où sont jugés les prévenus ayant commis des délits (vol, escroquerie, abus de confiance...).

Le TI devient le tribunal de police (avec les mêmes juges), où sont jugés les contrevenants accusés d'une contravention (cinquième classe, exemple : ventée liée ou par lot interdite, 1 500 € d'amende).

Le juge de proximité est compétent pour les contraventions de première, deuxième, troisième

et quatrième classe.

Au sujet du tribunal correctionnel : les juges consulaires ne sont pas des fonctionnaires de l'État, ce sont des commerçants et dirigeants de sociétés, élus par leurs pairs pour un premier mandat de deux ans puis un second mandat de quatre ans. Ils s'organisent sous la forme d'une collégialité de trois juges, sauf en Alsace-Moselle (échevinage : un président d'audience vient du TGI, avec deux assesseurs, des juges commerçants et dirigeants élus par leur pairs). Le tribunal correctionnel existe depuis le 16e siècle.

Conseil des Prud'hommes (= tribunal du travail) : instauré par Napoléon Bonaparte dans toutes les villes à forte industrie. Les juges sont des hommes « prudes », c'est-à-dire sages. Ils sont élus par et parmi les employeurs et les employés. Parité : les conseillers sont élus par leurs pairs, et il y a autant de juges employeurs que de juges employés (deux employeurs, deux employés). S'il n'est pas possible de les départager (en cas d'égalité des voix), on renvoie l'affaire : quatre conseillers prud'homaux et un juge (celui du TI, dit juge répartiteur) forment un conseil échevinal.

Tribunal paritaire des baux ruraux : composé selon le système de l'échevinage et de la parité : un président juge du TI, accompagné de deux assesseurs propriétaires qui louent leur terre et de deux assesseurs fermiers ou métayers, élus par leurs pairs. Le tribunal ne peut juger que les procès en rapport avec les baux, et non pas les autres affaires où des agriculteurs sont en procès.

Tribunal des affaires de la sécurité sociale : présidé par un juge du TGI, assisté de deux assesseurs désignés par le président de la cour d'appel qui sont des volontaires, des employeurs (cotisant à la sécurité sociale) et des employés (qui cotisent également). Il s'agit d'une juridiction paritaire et échevinale. Il traite des affaires relevant du droit de la sécurité sociale (comme par exemple des problèmes de remboursement).

Tribunal de l'incapacité : il intervient dans un contexte de maladie professionnelle (en rapport avec les produits manipulés par exemple) conduisant à une invalidité. On veut juger l'invalidité selon un % donné pour demander une pension. Il se compose de médecins. Les appels sont portés devant la Cour nationale d'incapacité (CNI).

Cour d'assises de première instance : elle se compose de jurés (traditionnellement au nombre de neuf, mais une réforme de l'été 2011 a réduit le nombre à six), simples citoyens français tirés au sort à partir des listes électorales et âgés d'au moins 23 ans. À leur côté se trouvent trois juges professionnels. Dans la salle des délibérations, on vote à une majorité de 6/9 pour qu'il soit reconnu coupable (dans le bénéfice du doute, on opte pour non coupable). Il faut un double vote pour valider la culpabilité et pour toute condamnation à la réclusion criminelle. Il en existe une par département. L'appel s'effectue devant une cour d'assises d'appel (dans un autre département), où les jurés sont plus nombreux (douze avant la réforme, neuf maintenant) et accompagnés de trois juges (majorité de 8/12).

Le pourvoi en cassation a lieu devant la chambre criminelle.

Cour d'appel : on en dénombre 35. Elle sont composées de chambres : au moins une civile, une commerciale, une sociale, une chambre des appels correctionnels (des tribunaux correctionnels et de police), et une chambre d'instruction (pour les crimes, il faut obligatoirement un juge d'instruction avec cabinet dans les tribunaux correctionnels, qui instruit à charge et à décharge, peut mettre en examen, peut demander au juge des libertés de

la détention (JLD) de mettre en détention provisoire, peut rendre une ordonnance de non-lieu ou une ordonnance de renvoi, en cas de crime devant la cour d'assises, de délit devant le tribunal de police, de contravention devant un juge de proximité). La cour rejuge les affaires en fait et en droit, c'est un juge du fond. L'arrêt est (partiellement) confirmatif (comme la première instance), ou (partiellement) infirmatif (à l'encontre du jugement de première instance). Délais : appel d'un mois.

Cour de cassation : elle siège à Paris. Il faut agir dans les deux mois pour faire un pourvoi. Elle se compose de six chambres (trois civiles, une commerciale, une sociale, une criminelle). Elle est présidée par un conseiller (un juge), et chaque chambre possède un président, et des conseillers (des juges). On trouve également le ministère public (les magistrats debout), le procureur général, assisté d'un premier avocat général, et des avocats généraux (qui sont des membres du ministère public). Elle ne rejuge qu'en droit et ne peut pas rejuger les faits. L'arrêt est prononcé en chambre simple (rendu par les conseillers d'une seule chambre, avec conseillers, ou cinq). Il peut s'agir d'arrêt de rejet, d'arrêt de cassation (renvoie à une autre cour d'appel, ou à la même composée autrement). Cour de renvoi, elle peut juger dans le même sens que l'arrêt de la cour de cassation, ou dans le même sens que la première cour d'appel : si celui qui a perdu peut faire un deuxième recours en cassation : arrêt en assemblée plénière (quinze cas par an environ). Ils font la jurisprudence, ce sont les « grands arrêts de la Cour de cassation ».

Il existe également des arrêts en chambre mixte. En effet, dans le cas d'une divergence de jurisprudence entre les différentes chambres, le président peut alors exiger que le jugement se fasse par une chambre mixte. Les arrêts sont également importants et font la jurisprudence. La Cour de cassation rend également des avis aux tribunaux non répressifs (non pénaux), de première instance ou d'appel, qui rencontrent des difficultés pour interpréter une loi nouvelle. L'avis ne lie pas les juges, mais ceux-ci s'alignent souvent sur cet avis. Une chambre de la Cour de cassation peut demander un avis à une autre chambre interne. Filtrage : question prioritaire de constitutionnalité au conseil constitutionnel.

En raison des temps de procès très longs, et de leur caractère public, on a créé des lieux pour régler des conflits de façon plus simple et rapide. Ces modes alternatifs de règlement des conflits sont les suivants :

- La conciliation : les juges (du TI et de proximité) essaient de concilier les plaideurs plutôt que de rendre une décision en faveur d'une partie ou de l'autre. Le juge peut proposer un tiers pour qu'il fasse office de conciliateur (si les deux parties sont d'accord) et qui n'est pas payé (il peut être avocat, ancien notaire...). Il amène les parties à trouver une solution ensemble. Il va rédiger un écrit pour rendre la conciliation, que le juge pourra homologuer pour rendre exécutable.

- La médiation : elle fait intervenir un tiers, un médiateur. Elle est civile ou pénale.
  - o La médiation civile : le juge des affaires familiales (JAF) peut la proposer. Problème : la décision est souvent mal exécutée. On a créé la médiation : si les deux parties sont d'accord, le juge désigne un médiateur concernant un litige (l'autorité parentale par exemple). Il peut travailler dans une association, être avocat, etc., il essaye de trouver une solution, la propose, et va essayer de la faire accepter. Il faut que les parties signent. (la plus fréquente des médiations civiles est la médiation familiale).

o La médiation pénale : le procureur de la république peut proposer la médiation. Il nomme un médiateur pénal (payé par l'État), et si la médiation pénale réussit, les poursuites pénales sont abandonnées. Le médiateur va appeler également la victime. Il faut que le trouble à l'ordre public cesse, il faut que la médiation conduise à la réparation du dommage, il faut que le délinquant soit resocialisé.

• La transaction : elle est régie par le Code civil, c'est un contrat par lequel un accord est conclu entre les parties afin qu'elles mettent fin à un litige qui les oppose, ou pour éviter qu'entre elles un litige naisse. Il n'y a pas de tiers, les litigants s'arrangent entre eux. Ils rédigent par écrit cet accord. Il faut que chacun abandonne une partie de ses prétentions. On peut la faire homologuer.

• La convention de procédure participative assistée par avocat : procédure créée à la demande des avocats (loi du 22 décembre 2010), lorsqu'aucune juridiction n'est saisie du litige, et qu'il ne peut l'être dans le droit du travail, la curatelle ou la tutelle (dans l'état et la capacité). Un avocat (ou deux) va rédiger un écrit qui renseignera un délai (date précise de prise de fin de la procédure) ainsi que d'autres informations : les parties au litige, l'objet du litige et les preuves. Les parties signent cette convention. Les avocats vont essayer de trouver un terrain d'entente. Si une entente est trouvée, un accord va pouvoir être signé. Si aucun accord n'est trouvé avant la date butoir, tout s'arrête et il est possible d'assigner devant un tribunal. Les avocats sont payés par les parties.

L'arbitrage : il fait intervenir une tierce partie, un arbitre (obligatoirement une personne physique), seul ou en collégialité (en nombre impair). Le ou les arbitres sont désignés par les litigants. Ce mode de règlement est souvent plus rapide (décision = sentence dans les six mois). La procédure est moins coûteuse, mais l'arbitre est payé (parfois plus cher que la procédure des juridictions). Les arbitres sont des grands spécialistes du domaine. Autre avantage : la discrétion, car l'arbitre statue dans son bureau, et non au tribunal, la sentence n'est pas publiée. Voie contractuelle : il faut signer soit une clause compromissoire soit un compromis.

Exemple d'énoncé de clause compromissoire : si un litige venait à naître, nous n'irons pas voir les juridictions de l'État, nous désignerons un arbitre, défini préalablement dans le contrat, et il faut que les signataires soit des professionnels. Le compromis est, lui, signé une fois que le litige est né, il peut être signé par toute personne, y compris des particuliers. Il faut s'assurer que l'arbitre est d'accord pour arbitrer. Si celui qui perd devant en arbitrage n'applique pas la sentence : celle-ci ne peut pas être remise à un huissier puisqu'elle n'a pas de force exécutoire. Il faut que la partie la plus diligente (autrement dit le gagnant) aille au TGI et que le juge de l'exécution déclenche l'exequatur (si la sentence n'est pas nulle : signée, datée, remplie en bonne et due forme).

## 2 – Le droit commun du procès

C'est l'ensemble des règles qui expliquent qu'il y a une procédure à respecter.

### A – Les grands principes européens

Ils découlent de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Les États membres ont l'obligation de faire respecter un ensemble de règles sur leur territoire, dont le déroulement du procès (civil ou pénal).

Les règles qui posent des garanties générales pour les justiciables :

• Des garanties générales qui tiennent au tribunal :

o Le droit d'accès au juge : exemple des subventions

o Le droit au juge indépendant : l'État doit tout faire pour qu'il soit indépendant d'eux-mêmes et de l'exécutif

o L'impartialité : différents juges de l'instruction et juges du fond par exemple, ou juges de première et de deuxième instance différents

• Des garanties touchant au déroulement de la procédure :

o L'égalité des armes : il faut laisser à chacune des parties les mêmes possibilités pour prouver la véracité de leurs arguments.

o La publicité : lorsque la justice travaille publiquement, c'est qu'elle n'a rien à cacher, si elle s'enferme (huis clos), on pourrait redouter le pire. Les instructions ne sont pas publiques car ce n'est pas le jugement, et des procès se déroulent obligatoirement à huis clos (divorce par exemple). Les juges peuvent décréter qu'une affaire se fera à huis clos pour des raisons de moralité, de sécurité... Ces exceptions sont acceptées par l'article 6.

o La célérité : il faut rendre les décisions dans des délais raisonnables. Elle dépend de la complexité de l'affaire, du comportement des litigants – procédures dilatoires, le comportement des autorités judiciaires – si les juges ont fait ce qu'il fallait, s'ils ne renvoient pas trop fréquemment le dossier à plus tard...

o La motivation des juges sur leur décision.

Les règles qui posent des garanties spécifiques au procès pénal :

• La présomption d'innocence : garantie essentielle, écrite en toute lettre dans l'article 6. Le principe s'applique dès les premières poursuites contre le « présumé coupable » jusqu'à ce que la Cour de cassation ait rejeté l'arrêt.

• L'information de l'accusé et sa défense :

o La personne poursuivie doit être informée des faits qu'on lui reproche (dès la police et ses enquêtes, puis de la qualification des faits par le juge d'instruction ou s'il y a requalification des faits).

o L'assistance d'un avocat (qui peut être désigné d'office ou payé par l'État), le droit d'interroger des témoins (lors de l'audience).

o L'assistance d'un interprète.

## B – Les grands principes français

Il existe en France des règles concernant la compétence :

• La compétence matérielle (d'attribution) : la réponse dépend de la matière litigieuse.

• La compétence territoriale : parmi les tribunaux, lequel convient géographiquement. Là où demeure la partie défenderesse ou, dans le cas de plusieurs parties demanderesse, là où demeure l'une d'elles. En termes de contrat, elle peut se situer là où la marchandise a été livrée ou là où la prestation de service a été exécutée.

L'activité des parties :

La partie demanderesse saisit le juge. Elle attaque avec une demande principale, dite requête introductive d'instance (il est ensuite possible de demander autre chose par une demande additionnelle). Pour ce faire :

- Il faut être sujet de droit : être une personne physique ou morale (groupement déclaré).
- Il faut avoir la qualité pour faire la demande en justice : avoir le titre pour agir en justice (divorce : les époux ont la qualité, les tiers, telle la belle-mère, non).
- Il faut avoir la capacité d'exercice : les mineurs ne peuvent pas faire la demande (ce seront ses représentants légaux qui feront le procès), il faut être majeur.
- Il faut un intérêt (« pas d'intérêt, pas d'action ») : patrimonial, moral, etc. Il doit être né et actuel. Cependant, il est aussi possible de faire un procès en invoquant la perte d'une opportunité. Il faut que le dommage soit direct et personnel.
- Il faut agir dans un certain délai (cinq ans).

La partie défenderesse s'oppose à la partie demanderesse :

- Elle peut invoquer une défense au fond : elle soutient et essaie de rapporter la preuve que les arguments de fait du demandeur sont faux ou conteste la règle de droit utilisée.
- L'exception de procédure : le juge ne peut pas juger sur le fond en raison d'un problème procédural (exception d'incompétence matérielle ou exception d'incompétence territoriale).
- Elle peut invoquer une fin de non-recevoir : existence d'un obstacle juridique interdisant au juge d'examiner le fond de l'affaire. Exemple : le demandeur a attendu trop longtemps (plus de cinq ans) donc il y a prescription extinctive, ou alors l'affaire a autorité de chose jugée (l'affaire a déjà été jugée).
- Le défendeur peut présenter une demande reconventionnelle : il contre-attaque. Le juge est alors saisi de deux demandes (initiale et reconventionnelle). Exemple : compensation judiciaire.

Les deux parties doivent respecter des grands principes (pour un procès loyal) :

- Le principe du contradictoire : elles doivent s'échanger à l'avance leurs pièces, documents, arguments de fait et de droit, et le juge doit y veiller.
- Le principe d'immutabilité du litige : le cadre du procès est défini : son objet, ses fondements, les parties demanderesse et défenderesse. Ce cadre du litige ne peut pas être modifié en cours d'instance. Exception : le défendeur peut présenter des demandes additionnelles.
- Le principe du loyalisme dans la recherche des preuves : celles-ci sont admissibles si elles ont été obtenues loyalement.
- Le principe dispositif : le terme de « dispositif » recouvre l'idée de solution à la fin d'un jugement ou d'un arrêt. Avant, il y a les motifs (on commence par « par ces motifs »...). Contextuellement, le terme signifie que le procès est la chose des parties, et non pas la chose du juge. Seules les parties peuvent introduire l'instance. Les parties peuvent se désister en cours d'instance.
- L'oralité des débats lorsqu'on est à l'audience. Mais avant d'arriver à l'audience, dans des procès du TGI, il y a toute une procédure écrite : l'instruction, rédaction de la postulation par l'avocat.
- Principe de la gratuité de la justice : on ne paye plus les juges depuis la révolution de 1789 (système des épices). Les juges sont élus. Cependant, le reste est payant : assignation par huissier (environ 200 €), honoraires d'avocat (disons 2000 €), expertise (immobilière par exemple, 5000 €) + 35 € de taxe pour toute demandeur en justice (timbres fiscaux). Possibilité de se faire rembourser sur le perdant : les dépens = frais d'huissier, frais de déplacement de témoins, honoraires des experts, la taxe, mais les honoraires d'avocat ne rentrent pas dans les dépens (article 696 du code de procédure civile). Il est aussi possible de réclamer à part, expressément, le remboursement – sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile – des dépens et des honoraires d'avocat (tout ou partie).

## L'activité du juge.

Les juges sont plus ou moins actifs sur la grande question centrale de la recherche des preuves. Les juristes classent les procédures :

- La procédure accusatoire : le juge est neutre, il n'intervient pas dans la recherche des preuves, c'est aux parties d'apporter les preuves. Les juges civils et commerciaux ont tendance à intervenir.
- La procédure inquisitoire : le juge est très actif dans la recherche des preuves (son nom vient du temps de l'inquisition). Procédure pénale, notamment le juge d'instruction.

Le juge finit par rendre une décision, dont le nom varie selon type de procès et le juge :

- Jugement = première instance.
- Arrêt = d'une cour.
- Décision.
- Ordonnance.
- Sentences = par les arbitres (exequatur par un juge du TGI).

Les juristes classent les décisions de justice selon :

- Les jugements en premier ressort, un deuxième ressort est possible, avec appel dans un délai d'un mois.
- Les jugements en premier et dernier ressort, l'appel n'est pas possible, seul un pourvoi en cassation est possible.

Autre classement :

- Les jugements sur le fond : ils tranchent le fond du litige qui a été soumis au juge. On peut faire appel.
- Les jugements avant dire droit : ils ne tranchent pas le fond, le juge ordonne une mesure d'expertise, une mesure d'instruction, afin que les juges soient éclairés, pour ensuite pouvoir juger sur le fond. On ne peut pas faire appel immédiatement, il faut attendre le jugement sur le fond.
- Les jugements mixtes : ils tranchent le fond et avant-dire droit (déterminer le montant des préjudices plus tard, mais juger déjà le fond). On peut faire appel immédiatement.

Autre classement :

- Le jugement contradictoire : les deux parties sont présentes à la procédure. Le perdant pourra faire appel, mais l'opposition n'est pas possible.
- Le jugement par défaut : le défendeur n'a jamais été partie présente à la procédure, l'opposition est possible. Le jugement rendu sera rendu par défaut. Il y a un mois pour faire opposition après que notification au défendeur.
- Le jugement non contradictoire.
- Le rejugement du juge :
  - o L'appel.
  - o Le pourvoi en cassation.
  - o L'opposition.
  - o La tierce opposition.
  - o La révision.

Les voies de recours :

- Les voies de recours de réformation : la décision attaquée monte dans une juridiction supérieure. Appel.

- Les voies de recours de rétractation : exerçant cette voie de recours, l'affaire revient devant la juridiction. Opposition.
- Les voies de recours à effet suspensif : un jugement de première instance a été rendu, voie de recours à effet suspensif. Appel ou ordonnance.
- Les voies de recours sans effet suspensif : pourvoi en cassation (délai de deux mois pour faire pourvoi en cassation, puis deux ans d'attente). Sauf en matière de divorce.

## Deuxième partie : les droits subjectifs

### Chapitre 7 : les titulaires des droits subjectifs

Tout ce qui n'est pas personne, sujet de droit, est objet de droit.  
Exemple d'objet de droit : l'animal, le livre.

#### 1 – Les personnes physiques

Il s'agit des êtres humains, des gens de chair et de sang.

##### *A – L'acquisition de la personnalité juridique*

Quand débute la personnalité juridique ?

- La gestation : embryon n'est pas sujet de droit, le fœtus n'est pas sujet de droit. Or ce n'est pas un objet de droit car on pourrait valider le commerce. C'est une personne en devenir, donc n'est pas une personne, ni un objet. Permet de légaliser l'avortement.

On admet que l'enfant simplement conçu peut avoir des droits s'il y va de son intérêt (on considère qu'il est déjà né), règle transmise par le droit latin « l'enfant simplement conçu est considéré comme déjà né chaque fois qu'il y va de son intérêt ».

Possibilité de reconnaître l'enfant avant l'accouchement.

- La naissance : ici se fixe le début de la personnalité juridique. L'enfant peut être créancier. Mais sujet de droit s'il naît vivant et viable, sinon, mort-né. Non viable : vécu quelques heures, manque d'un organe... article 55 du CC : déclarer dans les 3 jours suivants non compris jour de l'accouchement, au service civil. Ce n'est pas la déclaration qui fait de lui un sujet de droit. C'est prioritairement le père, médecin ou personne chez qui a eu lieu la naissance. Il faut donner un nom, au moins un prénom, lieu de naissance, sexe de l'enfant, et si connus identité mère et père.

##### *B – La perte de la personnalité juridique*

La personnalité juridique se perd avec la mort.

La mort :

- la mort apparente,
- la mort cérébrale,
- la mort totale, absolue.

En droit, la mort met fin à des droits :

- le droit d'être reconnu sujet de droit, on devient objet de droit,
- les droits de visage (usufruit, pension alimentaire, contrats intuitu personae = contrat de travail par exemple),
- la dissolution du mariage (un veuf est célibataire),
- la fin du patrimoine : le testament prend effet (legs), s'il y a des héritiers.

La mort continue à faire ce que la personne a voulu de son vivant :

- Possibilité de se marier (il faut que la volonté de se marier existe avant la mort (publication des bans), le président de la république peut autoriser le mariage posthume).
- Possibilité d'adopter (si une procédure d'adoption est commencée, recueil de l'enfant).

Le doute :

- L'absence : une personne n'apparaît plus là où elle devrait être, et ce depuis un certain temps. Personne ne peut prouver qu'elle est vivante quelque part.
  - o On peut déclencher la procédure d'absence : saisie du JAF, qui rend un jugement de présomption d'absence (après enquêtes, annonces...).
  - o La procédure cherche à protéger le patrimoine, le juge va désigner un mandataire (héritier présomptif), qui va gérer le patrimoine de l'absent.
  - o Dix ans se passent, saisie du TGI, pour rendre un jugement de déclaration d'absence (résultats d'enquêtes...), c'est l'équivalent d'un acte de décès. La succession est donc ouverte, on cherche un testament, le mariage est dissout. Fin à la personnalité juridique.
  - o Si l'absent revient : le TGI doit rendre un nouveau jugement qui annule le précédent. Il y a action rétroactive pour la personnalité juridique, mais on ne remet pas en cause le mariage. La succession : récupération des biens dans la mesure où il reste quelque chose.
  - o Absent ne veut pas dire non-présent (sans aucun doute vivant).
- La disparition : une personne est partie et le contexte laisse présumer fortement sa mort.
  - o Les proches parents vont saisir le juge du lieu de l'accident ou du lieu du dernier domicile du disparu. Un jugement de disparition est rendu, il équivaut à un acte de décès. Procédure rapide. Assimilation à des morts.
  - o Dans le cas où le disparu revient : annulation de la première décision, qui ne remet pas en cause le mariage et il y a récupération des biens en fonction de ce qu'il reste.
  - o Il ne faut pas confondre disparu et taisant, qui est celui qui ne répond pas.

## 2 – Les personnes morales

### A – La diversité des personnes morales

#### De droit public :

L'État, les collectivités territoriales, les EPA (établissements publics administratifs), les hôpitaux, les universités, les EPIC (établissements publics industriels et commerciaux).

#### De droit privé :

À but lucratif (cherchant à tirer un profit financier) : sociétés commerciales.

Sans but lucratif : fondations, associations de droit privé.

Associations civiles, sociétés civiles...

Société de personnes : là où la personne associée compte.

Société anonyme : les associés ne se connaissent pas, il s'agit juste d'un partage de capitaux.

Sociétés à risque limité : dans le pire des cas, il est possible de perdre l'apport en numéraire et en nature.

Sociétés à risque illimité : (SNC : société en nom collectif) : les créanciers sociaux peuvent demander le paiement intégral à n'importe lequel des associés.

### B – L'acquisition de la personnalité morale

La doctrine :

• Théorie de la fiction : les personnes morales sont des fictions, des êtres immatériels, une invention des juristes. Seule une loi vient expressément lui conférer la personnalité morale.

• Théorie de la réalité : les personnes morales sont des réalités, une richesse, très présentes...

Nul besoin d'une loi : le juge peut dire qu'un groupement a la personnalité morale.

La jurisprudence :

La Cour de cassation, dans l'arrêt de Saint-Chamond de 1954, opte pour la théorie de la réalité. La création de la personnalité morale ne résulte pas de la loi. Le juge peut reconnaître la personnalité morale, à condition que des personnes puissent la représenter, qu'elle connaisse la pérennité, et que son objet soit licite.

La loi :

Pour la plupart des groupements, la loi dit expressément qu'un groupement est sujet de droit.

Loi de 1901 sur les associations : « les associations déclarées à la préfecture et sous-préfecture et d'une insertion publiée au JO sont sujets de droit ».

Loi de 1884 sur les syndicats professionnels : « sont personnes morales que si leurs statuts ont été déposés à la mairie ».

Livre 2 du code de commerce et code civil : les sociétés civiles et commerciales ont la « personnalité morale à compter du jour où elles sont inscrites au RCS, registre national du commerce et des sociétés » (le greffier du tribunal de commerce effectue une immatriculation).

Un cas où la personnalité morale pourrait rétroagir ?

Les fondateurs d'une société. On peut commencer à faire des choses pour la future société. La société va pouvoir rembourser le fondateur qui a financé, rétroactivement.

### C – La perte de la personnalité morale

On distingue deux opérations :

• La dissolution, qui n'engendre pas la perte immédiate de la personnalité morale. La personnalité morale peut être dissoute par la loi, par les statuts (délais), ou par le juge (si l'objet social est contraire à l'ordre social ou aux bonnes mœurs). Les dirigeants cessent d'être gérants, et est nommé un liquidateur chargé de liquider la société.

• La liquidation, qui engendre une perte de la personnalité morale dès la fin de la procédure. Elle peut durer des semaines, des mois, voire des années. : il faut liquider les actifs (immeubles, meubles, etc.) et payer tous les créanciers. Le liquidateur va réunir les associés, auxquels reviendra un boni de liquidation en fonction du nombre d'actions. Après toute liquidation, le greffe du tribunal de commerce radie la société du RCS.

### 3 – Les attributs inhérents à la personnalité juridique

#### A – Le patrimoine

##### Deux conceptions :

La conception classique française, due à Charles Aubry et Charles Rau, professeurs de droit civil du 19e siècle. Le patrimoine est le prolongement du sujet de droit sur le plan économique, c'est un contenant. Conséquences juridiques :

- Seules les personnes ont un patrimoine contenant, les objets de droit n'en ont pas.
- Toutes les personnes ont un patrimoine contenant, car c'est un contenant et non un contenu (droits, créances...).
- Le patrimoine est acquis dès la naissance et jusqu'à la mort. On ne peut pas vendre ni donner le patrimoine contenant.
- Le patrimoine contenant est unique car le sujet de droit est unique, d'où un danger pour le commerçant (biens commerciaux et biens personnels).

La loi du 15 juin 2010 sur la théorie des patrimoines d'affectation propose une autre conception. Pour les professions individuelles : une personne peut prendre une partie de ses biens, faire un « tas » et l'affecter à un commerce. Un autre peut être affecté à un patrimoine privé. Les créanciers du commerce ne peuvent pas saisir les biens personnels, et inversement les créanciers civils ne peuvent pas saisir le patrimoine commercial. Cette théorie établit une protection des commerçants, des professions libérales et des agriculteurs. À partir du 1er janvier 2013, l'exploitant individuel pourra constituer autant de patrimoines professionnels qu'il veut. Chaque patrimoine d'affectation sera autonome.

Les personnes morales ont aussi un patrimoine (sociétés, associations), composé des apports des associés. Il en existe différents types selon les sociétés.

#### B – La capacité juridique

Il existe deux capacités juridiques.

La capacité de jouissance.

##### 1) Des personnes physiques

C'est l'aptitude à avoir, à acquérir les droits subjectifs reconnus par le droit objectif. C'est l'aptitude à jouir des droits subjectifs accordés par le droit objectif. Les personnes physiques ont en principe la pleine capacité de jouissance : droit contractuel, autorité parentale, droit de jouissance sur un bien dont on est propriétaire, etc. (sous réserve de respecter l'ordre public). Par exception, certaines personnes ne disposent pas d'une capacité de jouissance entière lorsqu'il s'agit de certains actes juridiques, de manière ponctuelle. Exemple : dans un intérêt de protection d'une personne de droit privé, une autre personne ne pourra pas passer d'autres contrats. Exemple : le tuteur n'a pas le droit de se porter acquéreur des biens du mineur dont il est tuteur. Exemple : l'agence immobilière mandatée : le mandataire n'a pas le droit de se porter acquéreur du bien que qui a été mandaté.

Il est des cas où l'incapacité ponctuelle s'explique pour une raison d'intérêt général. Le Code civil dit que les magistrats, les greffiers, et les huissiers ne peuvent pas se porter acquéreurs de biens qui sont dans le cadre d'un jugement dans leur juridiction.

## 2) Des personnes morales

Elles n'ont pas la pleine capacité de jouissance. Celle-ci est limitée. Elles n'ont la possibilité de faire des actes juridiques que si ceux-ci sont en rapport avec son objet social (qu'on lit dans les statuts de la société/association rédigés par les fondateurs). C'est la spécialité des personnes morales.

La capacité d'exercice.

### 1) Des personnes physiques

Elles ont la possibilité d'exercer elles-mêmes leurs droits subjectifs. Les majeurs qui ne sont pas dans un système de protection ont la pleine capacité d'exercice. Ceux qui ne sont pas majeurs ou se trouvent sous un régime de protection n'ont pas la pleine capacité d'exercice.

Les mineurs : les mineurs non émancipés. Et les mineurs émancipés.

Le non émancipé est celui qui a moins de 18 ans révolus (on est majeur à la première heure du jour). C'est un incapable, il n'a pas la pleine capacité d'exercice. Il ne peut pas vendre un appartement lui appartenant, ni ouvrir un compte en banque par exemple, mais il peut être créancier ou débiteur. Il a un représentant légal, un père et/ou une mère ou un tuteur.

Il existe certains cas dans lesquels le mineur peut faire seul certains actes juridiques :

- Si une loi spéciale le prévoit, il peut reconnaître seul son enfant naturel.
- S'il a au moins 16 ans, il peut faire un testament (pour la moitié de ses biens).
- Les mineurs ayant 16 ans révolus peuvent créer seuls une association (création d'un patrimoine, loi du 28 juillet 2011), mais pour administrer les biens de l'association, la présider, il faut l'accord d'un représentant légal.
- Les actes civils : à chaque fois que le mineur fait un acte juridique d'usage courant, tout dépend de l'âge, de la fortune, de la nature de la chose...
- S'il a passé seul un contrat alors qu'il n'en avait pas le pouvoir : ce contrat est entaché d'un cas de nullité relative. Un parent (père ou mère) peut en demander la nullité (seuls eux, pas le commerçant), il faut agir dans les cinq ans. Deux actions en justice sont possibles : l'action en rescision pour lésion (si le mineur a été lésé) et l'action en réduction pour lésion.

Le mineur peut s'émanciper de deux manières :

- En se mariant avant 18 ans,
- En demandant une émancipation devant le JAF (il faut une raison louable).

Sur le plan des droits civils, le mineur émancipé a les mêmes droits qu'un majeur : il peut acheter ou vendre un immeuble, faire un procès, on peut lui faire un procès, etc. excepté sur deux droits : le mariage, il doit obtenir l'accord d'un des deux parents ou s'il veut se donner en adoption.

Les majeurs protégés :

- La sauvegarde de justice. Qui peut décider d'un placement sous sauvegarde de justice ? Le juge des tutelles (TI) ou le médecin traitant (avis de deux médecins). La pleine capacité

d'exercice est conservée.

• La curatelle. En raison d'une faculté mentale ou physique affaiblie, la personne a besoin d'être assistée par un curateur pour les actes juridiques importants. Pour les actions courantes de la vie, elle n'a pas besoin du curateur. Un contrat est susceptible d'annulation s'il est trouvé que la personne n'avait pas le droit de le passer seul, et seulement s'il y a eu lésion. Sinon, il y a action en rescision pour lésion ou en réduction pour lésion.

• La tutelle. En raison d'une faiblesse/d'un affaiblissement de sa faculté mentale ou physique, la personne a besoin en permanence d'être représentée par une autre personne, qui lui sera nommée. Deux signatures sont nécessaires : celle du vendeur et celle du tuteur au nom du majeur sous tutelle. Les droits de récupération sont les mêmes que ceux du mineur non émancipé : l'action en rescision pour lésion ou l'action en réduction pour lésion.

## 2) Des personnes morales

Elles n'ont pas la capacité d'exercice.

### C – Les éléments d'identification de la personne

Le nom.

Chez les personnes physiques, il s'agit du nom de famille ou du nom patronymique (père). C'est le nom d'état civil, celui qui nous a été donné à la naissance. Il figure sur l'acte de naissance. Dans la vie quotidienne, il est possible de se faire appeler par un pseudonyme.

Le prénom : il sert à distinguer les homonymes.

Le surnom est d'utilisation informelle.

On note aussi l'existence de titres nobiliaires (ou titres de noblesse).

L'attribution du nom : les parents choisissent le nom. En droit français, les possibilités sont limitées. Depuis la réforme du 1er janvier 2005, il n'est plus possible que de donner le nom du père, ou le nom de la mère, ou le nom du père accolé au nom de la mère, ou le nom de la mère accolé au nom du père. Il est possible de faire inscrire chez les vieux enfants le nom du parent qui n'a pas transmis son nom. Il s'agira d'un nom d'usage, pas d'un nom de transmission.

Changement du nom : la loi de l'an II est toujours en vigueur : le nom est immuable.

Des exceptions sont toutefois possibles : nom ridicule, odieux, grossier, désaveux, pour franciser son nom ou en cas d'adoption.

La défense du nom.

Un particulier utilise votre nom : usurpation de nom. Pas besoin de justifier un intérêt : il est au moins moral. On utilise son nom pour faire du commerce, mais si un fonds de commerce s'appelle déjà ainsi, il n'est pas possible de l'utiliser. Il faut alors ajouter un discriminant, quelque chose qui permette aux consommateurs de ne pas tomber dans la confusion : mettre le prénom par exemple. C'est le juge du TC qui tranchera sur l'affaire.

Est-il possible d'attaquer un commerçant qui lance un produit ou un service portant votre nom ? Oui, c'est possible, à condition que le plaignant apporte la preuve qu'il y a un risque de confusion entre lui et le produit qui porte le même nom.

La même chose est aussi possible pour un nom utilisé par un écrivain ou un cinéaste pour baptiser un personnage. Il faut que le plaignant démontre le risque de confusion entre lui et le personnage (il faut des circonstances précises : nom rare, connu, etc.). Il faut que le personnage soit décrit comme odieux, honteux, criminel...

La protection du nom à l'égard du conjoint :

• Pour les mariés : pendant le mariage, la femme mariée ne perd pas son nom de famille, son nom officiel. Il est possible d'exiger de continuer à être appelé par son nom de jeune fille. Intérêt : que l'épouse soit reconnue dans la vie quotidienne. Le mari ne peut pas s'y opposer. Dans le cas de la séparation de corps, il n'est pas possible de s'opposer à l'utilisation du nom, à moins que le juge ait prononcé le contraire à la demande du mari.

• Pour les personnes qui ne sont plus mariées : soit par mariage dissout, soit par la mort. La veuve peut se faire connaître par le nom de son ex-mari dans la vie quotidienne. Elle perd ce droit en cas de remariage. En cas de mariage dissout ou de divorce : en principe, il n'est plus possible d'utiliser le nom de son conjoint, mais la possibilité demeure parfois en cas de divorce par consentement mutuel. Si le divorce est conflictuel, si la femme est connue sous le nom de son mari, elle peut demander au JAF l'autorisation de continuer à porter le nom de son ex-mari.

• Pour les personnes morales : on parle de dénomination sociale. Celle-ci est donnée par les fondateurs (dans la mesure où le nom est disponible). Un changement de dénomination sociale est possible, il faut le rendre opposable aux tiers. Il est possible de défendre le nom d'une société (si situation de concurrence déloyale. L'article 1382 du Code civil est le plus souvent invoqué).

Le domicile.

Il sert à localiser géographiquement la personne.

Pour la personne physique :

Le domicile volontaire (pour les majeurs) est un élément matériel (résidence régulière à telle adresse, courrier, impôts) et un élément psychologique (« j'habite ici »). Quand les deux types d'éléments coïncident, il est question de domicile volontaire. Sinon, on distingue domicile fictif et domicile réel. Le demandeur au procès peut faire lieu du domicile fictif ou réel.

Le mineur non émancipé n'a pas de domicile volontaire, son domicile est celui du (des) parent(s). Les majeurs sous tutelle ont pour domicile légal le domicile de leur tuteur.

Les gens du voyage, les forains, les nomades dans leur ensemble, ont l'obligation de choisir dans une liste de villes une commune de rattachement. Sans cela, ils ne pourraient pas voter ni se marier (droit qu'ils tiennent dans la commune de leur domicile).

Les caractères du domicile :

- Il est obligatoire, article 102 du Code civil : tout le monde a un domicile. Si l'on n'a pas de domicile réel, on en a un en droit : on a gardé celui qu'on a quitté.
- Il est fixe. Tout ce qui n'est pas fixe ne peut pas servir de domicile : voiture, caravane, etc.
- Il est unique, article 102 : « LE domicile ». Perquisition possible entre 6 h et 21 h.

Le siège social de société :

Peut avoir pour siège social le domicile du président.

Changer de siège social ? Rassembler les associés. Vote.

Les salariés ont l'obligation de suivre ? Si pas trop loin, oui, ils sont démissionnaires sinon.

La nationalité.

Des personnes physiques :

L'attribution de la nationalité s'effectue à l'origine, par le lien du sang ou par le lien du sol.

L'acquisition de la nationalité peut s'acquérir en cours de route, par exemple par la voie d'un mariage avec un Français.

La perte de la nationalité intervient en cas de renoncement à la nationalité française par mariage ou un cas de mariage blanc est avéré (annulation du mariage).

Des personnes morales :

C'est la nationalité du siège social.

## **Chapitre 8 : les sources des droits subjectifs**

### **1 – Les actes juridiques**

C'est un mode de preuve parfait.

#### *A – La notion d'acte juridique*

On observe deux approches différentes et opposées :

L'approche négative :

#### 1) L'exclusion de l'écrit

Ce que n'est pas un acte juridique, c'est un écrit. (Acte notarié, sous seing privé – rédigé par les parties, reconnaissance de dette, etc.). Pourtant, ces écrits sont des actes juridiques dans un premier sens. C'est un instrumentum.

#### 2) L'inclusion du contrat

Un acte juridique est par exemple un contrat. Article 1101 du Code civil : il y a contrat quand il y a échange de consentement en vue de faire naître des effets juridiques. Il faut donc au moins deux personnes. C'est un acte juridique au sens de negotium. Exemple : vente.

Mais les contrats ne sont pas les seuls actes juridiques.

#### 3) Le dépassement du contrat

L'acte juridique est beaucoup plus large. Ce sont les actes juridiques unilatéraux qui ne sont pas des contrats, mais bien des actes juridiques : c'est une personne qui extériorise sa volonté unilatéralement, le droit vient dire que de cela en résulte des effets juridiques pour vous-même et pour les tiers. Exemple de promesse unilatérale de volonté : le testament olographe (il ne

s'agit pas d'un contrat entre le testateur et le légataire – legs). Une promesse de récompense faite à une personne indéterminée est un acte juridique unilatéral : engagement de donner une récompense si on retrouve son chat. Celui qui le trouve est un inventeur. L'inventeur peut assigner la personne à l'origine de la promesse devant les tribunaux et réclamer la récompense. Création d'une EURL, pas d'échange de consentement. SARL : acte juridique bilatéral. EURL un seul associé, acte juridique unilatéral, ou la SASU.

L'approche positive :

Il s'agit d'une manifestation de volonté cherchant consciemment et librement à produire des effets de droit.

1) Une manifestation de volonté...

Qui pense acheter n'achète rien, il faut extérioriser sa volonté. Il faut l'offre et l'acceptation se rencontrent pour le contrat soit effectif. Il faut que le vendeur fasse une offre et que l'acheteur fasse l'acceptation. Le contrat est formé. Principe du consensualisme (contrat oral).

2) ...cherchant consciemment et librement...

Consciente : matériellement, les deux parties peuvent dire oui, mais il faut être sûr que l'accord n'est pas intervenu sous l'empire de la drogue, de l'alcool, etc., autrement dit par une volonté inopérante. Article 146 du Code civil : pas de mariage sans consentement.

Libre : c'est-à-dire exempt de tout vice de consentement (sans quoi il est possible de faire annuler l'accord). Il en existe trois grands :

• L'erreur, se tromper soi-même. Exemple : achat d'un collier en ivoire, ...en plastique. Le délai est de cinq ans pour demander au juge l'annulation du contrat. Cas de mariage, erreur sur une qualité essentielle : le conjoint doit pouvoir enfanter, sans quoi la possibilité existe de faire annuler le mariage (rétroactif). Le mariage n'est pas un contrat, c'est une institution.

• Le dol, article 1116 du Code civil. Il y a eu tromperie délibérée. Trois formes existent : les manœuvres frauduleuses, le mensonge « grave » portant sur un élément essentiel et le silence, par réticence, on ne révèle pas une chose. Le délai est de cinq ans pour demander une annulation à partir du jour de découverte de la fraude. On ne peut pas annuler un mariage au motif du dol (Antoine Loysel : « en mariage, trompe qui peut »).

• La violence. C'est une menace. Le délai est aussi de cinq ans à compter du jour où la violence a pris fin pour saisir le tribunal.

3) ...à produire des effets de droit.

Faire naître des droits et des obligations. Plus souvent, un contrat.

Déplacer, transmettre une obligation (l'obligation existe déjà). Exemple : cession de créance. Cédant et cessionnaire (article 1690 du Code civil). Éteindre un droit ou une obligation. C'est un acte abdicatif, on éteint un droit ou une obligation, comme une remise de dette (il faut l'échange des consentements).

Il y a des contrats bilatéraux et des contrats unilatéraux. Au niveau de leur formation, ils sont tous bilatéraux, mais au niveau des effets, alors ils peuvent être bilatéraux = synallagmatiques (ils font naître des effets réciproques) ou unilatéraux (ils font naître des effets chez une seule des parties – donation, il faut acceptation du donataire pour recevoir et du donateur pour donner).

### B – Les classifications des actes juridiques

La classification d’après l’économie générale de l’acte :

- Les actes juridiques à titre onéreux : au moins une des parties recherche un profit. Cas de la vente.
- Les actes juridiques à titre gratuit. Exemple : donation.

Ce n’est pas la présence de l’argent qui fait qu’un acte est onéreux. Un prêt d’argent sans intérêt est par exemple un acte à titre gratuit.

D’après le moment où se produisent les effets :

- Les actes juridiques entre vifs : ils produisent des effets du vivant des personnes qui ont fait l’acte. C’est le cas de la vente.
- Les actes juridiques à cause de mort : tant qu’il n’y a pas mort, l’acte est figé. Exemple : testament.

D’après la nature de l’objet :

- Les actes juridiques à caractère patrimonial (pécuniaire) : rapport avec l’argent. Exemple : la vente.
- Les actes juridiques extra-pécuniaires, extrapatrimoniaux : pas de rapport avec l’argent, mais il peut tout de même avoir une incidence. Exemple : le mariage, dans le cas d’un contrat de mariage patrimonial, ou la reconnaissance d’un enfant, extrapatrimonial.

D’après la gravité de l’acte :

- De disposition : il y a aliénation d’un droit, tel le droit de propriété. Par cet acte, une chose sort du patrimoine. Exemple : vente, donation.
- D’administration : ils n’appauvrissent pas le patrimoine, ils sont favorables au patrimoine.

Deux sortes :

- o De gestion : location d’un bien par exemple.
- o Conservatoire : pour conserver le patrimoine, cas de l’assurance.

D’après l’emprise sur la volonté, la liberté contractuelle :

- Les actes juridiques de gré à gré = subjectifs : grande liberté pour l’agencer, les sujets peuvent agencer les effets du contrat. Exemples : achat d’un œuf au marché, contrat de mariage.

• Les actes d'adhésion = condition : si on entre dans le cadre, tout est imposé par le législateur, dicté par les lois. Exemples : achat d'un ticket de RER, mariage article 212.

## 2 – Les faits juridiques

C'est un mode de preuve imparfait. Tous les faits que nous vivons ne sont pas juridiques. Pour qu'ils soient juridiques, il faut qu'ils entraînent des conséquences de droit.

### A – Les faits juridiques non intentionnels

L'intention de l'homme est indifférente. Les effets de l'homme vont se produire indépendamment de l'effet de l'homme. Il s'agit des faits ne tenant à pas une activité de l'homme, tels ceux tirés de l'état civil, comme la naissance. Des effets juridiques sont produits : il faut effectuer des déclarations, l'homme est devenu sujet de droit, etc. Idem pour la mort, qui est un fait juridique, de la même manière que le quasi-délit, qui se produit par imprudence, négligence et peut entraîner l'assignation pour dommages et intérêts. La négligence et l'imprudence sont un fait juridique, cf. l'article 1383 du Code civil : action intentionnelle menant à indemnisation.

### B – Les faits juridiques intentionnels

#### 1) Ceux qui sont illicites

Ce sont des délits civils. L'article 1382 est le plus utilisé. Celui qui intentionnellement a causé outrage à autrui doit le réparer.

#### 2) Ceux qui sont licites

Ils n'ont rien d'illicite. Par défaut ils sont licites. Il en existe trois, ce sont des quasi-contrats :

• La gestion de l'affaire, par le code civil : pas de contrat, le gérant gère les affaires du géré. Elle fait naître des effets juridiques. Le code civil dit que le gérant et le géré ont des obligations (le non-respect desquelles peut entraîner une condamnation à des dommages et intérêts).

o Le gérant : il n'a pas d'obligation juridique à commencer la gestion. Il n'y a pas faute à ne rien faire. Si le gérant commence la gestion, il est obligé de bien gérer. Il doit gérer jusqu'au terme, au moins jusqu'au retour du géré (dommages et intérêts sinon).

o Le géré dont les affaires ont bien été gérées doit rembourser les dépenses utiles et nécessaires faites par le gérant.

• Le paiement de l'indu, par le code civil : paiement alors que les frais ne lui étaient pas dus.

o Celui qui ne sait pas, celui qui sait.

o Obligation de restituer ? Réclamation des intérêts légaux ou simplement de la somme donnée par erreur ?

o Le code civil dit qu'il faut restituer (cinq ans).

o Des intérêts, selon que le récepteur était de bonne ou de mauvaise foi au moment de la réception. Si le banquier apporte une preuve de la mauvaise foi, il faut payer les intérêts.

- L'enrichissement sans cause, quasi-contrat jurisprudentiel.
- o Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.
- o Cas de patrimoine enrichi, dû à un patrimoine qui s'est appauvri. L'appauvri peut réclamer en justice une indemnité à l'enrichi, équitable.
- o Arrêt Boudier de 1892, ou l'arrêt du marchand d'engrais : la Cour de cassation évoque le concept pour la première fois. Un pauvre paysan n'était pas propriétaire de sa terre, il n'avait pas d'argent pour acheter des engrais, alors il les avait achetés à crédit. Mais il ne pouvait pas payer ses loyers. Donc il s'est fait expulser. Le marchand a eu l'idée de demander de l'argent au propriétaire foncier, qui a fait la récolte grâce aux engrais qui ne sont toujours pas payés. Celui qui a profité de la récolte doit verser l'indemnité.
- o Par la suite, les juges vont restreindre l'action pour enrichissement en cause qu'au cas où aucune autre action en justice n'est invocable.
- o Contexte de séparation des biens : une conjointe collaboratrice se sépare de son mari qui possède dans son patrimoine le commerce. S'il y a divorce, elle peut demander l'action pour enrichissement sans cause.
- o Si l'enrichi est appauvri, il n'y a pas d'issue.
- o Si l'activité est cessée, aucune requête n'est possible (délai de 30 jours).

## **Chapitre 9 : la preuve des droits subjectifs**

Elle ne se fait pas de la même manière selon qu'il s'agisse d'un acte juridique ou d'un fait juridique. Un droit sans preuve n'est rien ici.

### **1 – L'objet de la preuve**

Que faut-il prouver au juge ?

#### *A – Le droit, non-objet de preuve*

Vous n'avez pas à prouver la règle de droit. On part du principe que nul n'est censé ignorer la loi. Mieux que quiconque, le juge est censé la connaître.

Mais il y a les lois étrangères. La règle doit être prouvée, son existence et son contenu (l'ambassade confirme, mais depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1998, il semblerait que le juge devrait connaître la loi étrangère). Les usages sont sources de droit. On peut être amené à en prouver l'existence et le contenu. Les documents sont les parères.

#### *B – Le fait, objet de preuve*

Il faut prouver les faits (et actes) juridiques. Ici les faits sont les faits générateurs, ils sont à l'origine du contentieux qui oppose.

Pas d'obligation de preuve :

Les faits notoires : ils sont connus de tout le monde.

Les faits reconnus ou non contestés par l'adversaire.

Donc à prouver s'ils sont contestés ou niés.

Certains faits générateurs sont couverts par le secret professionnel, il n'est normalement pas possible d'en apporter la preuve en justice. Il faut que les faits soient opérants et concluants.

Ils sont pertinents lorsqu'ils sont en rapport direct avec l'affaire. Par « concluants », il faut comprendre qu'ils puissent avoir un rôle sur la décision qu'on attend du juge, qui peuvent influencer.

## 2 – La charge de la preuve

Qui doit prouver ?

### A – Le principe

Le juge dans le procès civil ou commercial, est neutre, il attend la preuve. Il évolue dans une procédure accusatoire. C'est aux parties d'apporter la preuve de ce qu'elles avancent.

La charge de la preuve incombant au demandeur est une vieille règle issue du droit romain. C'est aussi à lui de se déplacer, là où demeure le défendeur.

L'allégation ne suffit en rien.

Dans un premier temps, le défendeur n'a rien à prouver. Mais dans un second temps, il doit prouver pour sa défense. Celui qui allègue quelque chose doit le prouver.

### B – Les exceptions

Une partie allègue quelque chose oralement ou par écrit (devant le TGI) et est dispensée de rapporter la preuve. C'est la présomption légale.

On en connaît deux espèces :

• Les présomptions légales simples (ou relatives) : l'adversaire a une chance de renverser la présomption. Exemple : la présomption de paternité légitime, Pater is est... (article 312 du Code civil). Action en désaveu de paternité légitime devant le TGI.

• Les présomptions légales absolues (irréfragables) : aucune preuve contraire n'est à amener au juge quand bien même on en aurait une. Elles sont contraires au droit à la preuve. On est condamné à perdre le procès. Le Code civil dit que si le créancier a remis la reconnaissance de dette au débiteur, le débiteur a payé la dette.

## 3 – Les modes de preuves

Ils ne sont pas tous admissibles.

### A – Les preuves préconstituées

Ce sont des écrits instrumentum. Elles se présentent soit sous forme papier soit, depuis une réforme de loi de 2000, sous forme d'écrits numériques.

Les actes authentiques, caractérisés par :

• Le rédacteur : c'est un officier public, car il a une mission publique de rédiger des actes particuliers : notaires, greffiers, officiers de l'état civil, etc. il doit donc être compétent territorialement.

• La rédaction : selon un formalisme rigoureux. L'écrit est rédigé en français. Les chiffres sont indiqués en lettres, même les dates de naissance. Les ratures, un inventaire se trouve à la fin du document.

• La force probante : elle est très grande. Les écrits font foi jusqu'à l'inscription de faux (procédure du Code de procédure civile, longue, coûteuse et périlleuse visant à faire déclarer faux un acte authentique). L'inscription de faux est un crime, passible de 15 ans de réclusion criminelle et d'une radiation de l'ordre des notaires. C'est seulement ce qu'a découvert l'officier public lui-même qui fait foi. Ce qu'il n'a pas constaté lui-même peut être combattu par la preuve contraire. Font foi : la date, le lieu. Les informations telles que le prix payé hors la vue ou hors comptabilité, etc. offrent la possibilité de prouver le contraire. L'acte de naissance (nom, date, lieu) fait foi, pas d'inscription de faux. Mais la date de naissance ou le sexe ne fait pas foi.

• La force exécutoire : tous les écrits n'ont pas force exécutoire. Quand le notaire rédige un contrat de prêt d'argent, la force exécutoire existe par le notaire.

Les actes sous seing privé :

• Le(s) rédacteur(s) : les parties doivent signer. Les contrats sont signés en deux exemplaires (deux signatures). Simples particuliers.

• La rédaction : elle est très libre. Contrairement aux actes notariés où tout est en lettres et où le français est contraint, ici la langue est indifférente et les nombres sont en chiffres.

Inconvénients : la sécurité est moins garantie, rajout de chiffres, oubli, etc. Possibilité de mettre des blancs. Ratures possibles.

o Deux exceptions : la formalité du double : il faut autant d'exemplaires originaux qu'il y a de parties ayant des intérêts distincts (chacun devant signer tous les exemplaires), + il faut indiquer le nombre d'exemplaires sur chaque exemplaire, sinon l'écrit ne constituerait pas une preuve parfaite.

o Lorsque l'engagement renferme un engagement unilatéral, avec des choses fongibles (par exemple une reconnaissance de dette) : il faut mettre les nombres en chiffres et en lettres + mention écrite par le débiteur lui-même. Le code civil affirme qu'en cas de discordance entre les deux, c'est la somme écrite en lettres qui prévaut.

• La force probante : moins grande qu'un acte authentique. Les tiers peuvent prouver que ce que contient le seing privé avec n'importe quelle preuve, par simple témoin. Les parties, elles, doivent le prouver par un contre-écrit.

• La date : elle pourrait être antidatée (pour frauder les créanciers par exemple) : la loi prévoit une règle particulière pour un acte sous seing privé à l'égard des tiers : il est possible de prouver par tout moyen que la date n'est pas la bonne.

o Cas où l'on considère que la date est la bonne : si l'acte est porté à l'administration fiscale, il faut trois exemplaires avec la date. Un préposé de l'administration fiscale tamponne les trois exemplaires et mettra un timbre fiscal pour enregistrement de l'acte sous seing privé. La date apposée par le fonctionnaire est considérée comme inattaquable.

o Lorsqu'un acte authentique fait référence à l'acte sous seing privé. : la date de l'acte authentique vaut pour l'acte sous seing privé.

o Lorsque l'une des parties au contrat est morte : on est sûr qu'avant la mort le contrat a été signé.

• Force exécutoire : n'en a pas (contrairement aux actes authentiques). Il n'est pas possible de saisir les huissiers, il faut faire un procès.

• Qui doit prouver la validité de l'écriture, de la signature...? C'est à celui qui veut utiliser l'écrit que revient la charge de la preuve qu'il s'agit de l'écrit de celui à qui il oppose l'écrit. Le code civil et le code de procédure civile prévoient que le juge peut ordonner la production

de documents comparatifs.

- L'acte contresigné par avocat : loi 28 mars 2011, réforme du statut des notaires et autres professions juridiques. Monopoles pour les avocats.

- o Avant cette loi, il était permis de demander à un avocat de rédiger un acte (acte sous seing privé ordinaire).

- o Depuis la loi, les avocats ont le monopole de rédiger un acte sous seing privé renforcé. «

Renforcé » car il a une force probante le rapprochant des actes authentiques. On peut soit prendre un avocat pour deux, soit un pour chacun. L'avocat a une obligation de conseil à chacune des parties. Il ne peut rédiger l'acte que si les parties ont un consentement intègre (tout comme un notaire). S'ensuivra que les parties et les héritiers ne pourront plus contester le consentement des parties à l'acte.

- o Procédure d'inscription de faux : peut prouver.

- N'a pas la force exécutoire (seulement juges et notaires).

### B – Les preuves a posteriori

Ce sont des preuves qui vont naître après l'événement qu'il faut prouver. Deux espèces :

Les preuves parfaites :

Elles lient le juge. Il y en a une avant, et deux a posteriori.

- Les preuves préconstituées sont des preuves parfaites.

- L'aveu judiciaire : reconnaissance devant le juge que les allégations de l'adversaire sont exactes (moratoire, délais de paiement). Il est irrévocable car on estime qu'aucune pression n'a été faite en droit civil. Il est indivisible : le juge ne peut pas diviser les aveux en droit civil. En pénal, l'aveu est révocable (on peut toujours changer sa version) et divisible (on peut condamner pour une partie des aveux).

- Le serment décisoire : il ne se pratique plus beaucoup (depuis plus d'un siècle).

- À l'audience, l'une des parties dira « Je défère le serment décisoire à mon adversaire » (elle jure par exemple qu'elle n'a pas prêté l'argent). Elle va devoir lever la main et dire « Je le jure ». Le serment décide de l'issue du procès (gros risque). Cela signifie qu'il n'y a pas d'autre moyen de preuve. Si l'autre partie ne jure pas, elle perd automatiquement le procès. Le faux serment décisoire est un délit pénal passible d'amende. Celui à qui on a déféré le serment décisoire peut référer le serment décisoire à l'adversaire. Ou il prête serment et il gagne, ou il ne prête pas le serment et perd (ce sens est apparu rationnel en 1804 et 1806 en raison de la crainte de l'enfer répandue et partagée à l'époque).

Les preuves imparfaites :

Même si le juge en a plusieurs, il pourrait les refuser et débouter celui qui les a présentées.

- L'aveu extrajudiciaire : une partie a reconnu que les allégations de l'adversaire étaient vraies, mais ailleurs que devant le juge chargé de trancher le différend.

- La sommation interpellative : un huissier de justice est mandaté par une des parties.

- Le procès-verbal écrit.

- Le témoignage. C'est le récit d'une personne qui rapporte à la justice, dans la procédure d'enquête et après avoir prêté serment, ce qu'elle a vu ou entendu elle-même. Les témoins sont « les yeux et les oreilles de la justice ». Il y a obligation de venir au tribunal lorsqu'on est cité comme témoin, sinon il y a support du rapport d'audience et amende. Est faux témoin la personne qui intentionnellement ment au juge. Le faux témoignage entraîne le recours en révision (sans délai). Tout le monde ne peut pas être témoin, en particulier les jeunes enfants

(à moindre d'être l'unique témoin) ou les anciens condamné pour crime (ils sont auditionnés sans prestation de serment, « simple renseignement »). Ces derniers ne peuvent pas être poursuivis pour faux témoignage, mais simplement pour injure à la justice. Un fils ne peut pas témoigner en faveur de sa mère à l'occasion d'un divorce. Les enfants ne peuvent pas témoigner pour divorce, ni même faire office de renseignement. Un seul témoin suffit. Les témoignages ne se comptent pas mais se pèsent.

• Les présomptions de fait : présomptions de l'homme, par opposition aux présomptions légales, où il y a charge de la preuve. Le juge tire d'un fait connu un fait inconnu (raisonnement du juge). En droit pénal, ils sont très nombreux (présomption de fait concernant un adultère : dîners très fréquents avec la secrétaire).

• Le serment supplétoire : c'est le juge qui prend la décision de déférer le serment à l'une des parties. Il n'est possible que s'il y a déjà des éléments de preuves imparfaites. Il suffit de prêter serment, gagner n'est pas forcément nécessaire. C'est un bon signe pour la partie. Il est utile pour lever le doute du juge face aux preuves déjà apportées.

#### **4 – L'admissibilité des modes de preuve**

Selon l'acte juridique ou le fait juridique, les modes de preuve de sont pas les mêmes. Quels sont les modes de preuve à utiliser pour prouver quelque chose ?

##### A – La preuve des actes juridiques

Exemple du contrat.

Le principe.

Si l'enjeu d'un acte juridique civil porte sur plus de 1500 €, il n'est possible de prouver cet acte que par une preuve parfaite : aveux judiciaires, serment décisoire, ou (et surtout) preuves préconstituées (acte authentique, sous seing privé, ou sous seing privé signé par avocat).

Les exceptions.

On peut prouver un contrat par tout mode de preuve, y compris par les preuves imparfaites dans les cas suivants :

- Lorsqu'on est en présence d'un contrat civil ne dépassant pas 1500 € (raisonnement a contrario).
- Contre un commerçant, quel que soit le montant réclamé dans le cadre d'un contrat.
- Dans le cadre d'un contrat civil dépassant 1500 € mais où les parties sont dans l'impossibilité physique de rédiger un écrit. Exemple du code civil : contrat de dépôt forcé, pas de choix car il s'agit d'une urgence.
- En présence d'un contrat civil dépassant 1500 € mais où les parties sont dans l'impossibilité morale de rédiger un écrit. Exemple : à un parent, pas de reconnaissance de dette car impossibilité morale.
- En présence d'un contrat civil dépassant 1500 € où les parties ont rédigé un écrit qui a disparu dans un cas de force majeure (élément extérieur imprévisible et insurmontable). Il faut prouver qu'une preuve parfaite existait avant le cas de force majeure.
- Si les parties conviennent que, bien que le contrat soit civil et supérieur à 1500 €, elles

autorisent la preuve par tout moyen du contrat. La Cour de cassation décide que la règle de principe n'est pas impérative.

• Dans le cas d'un contrat civil de plus de 1500 € sans preuve parfaite, mais un commencement de preuve par écrit (lettre de remerciement par exemple).

Trois conditions pour qu'il soit valide : il doit être écrit, doit émaner de la personne à qui on l'oppose, et doit rendre vraisemblable le fait allégué. L'adminicule sert uniquement à faire admettre dans la salle d'audience les preuves imparfaites.

### *B – La preuve des faits juridiques*

Le fait juridique est un mouvement, un comportement entraînant des conséquences de droit.

Le principe.

Les faits juridiques se prouvent par tout moyen sauf par preuves préconstituées. Souvent, les preuves sont imparfaites.

Les exceptions.

Certains faits juridiques ne se prouvent pas par tout moyen, mais seulement par des preuves parfaites, par des actes authentiques. C'est le cas de la naissance ou de la mort (acte d'état civil).

## **5 – L'évolution du droit de la preuve**

Les techniques...

### *A – Le contexte procédural*

Le contexte est celui d'une augmentation des pouvoirs du juge quant à l'aide dans la recherche des preuves, dans le cadre du droit de la preuve dans les Code civil et Code de procédure civile. On partait avant du principe que le procès était la chose des parties, que le juge était neutre, que la procédure était accusatoire. Inconvénient : la partie demanderesse a souvent raison mais elle va perdre le procès pour un problème de preuve, ce qui est injuste. Évolution de la procédure civile : le juge civil aide la partie qui en a besoin dans sa recherche de preuves grâce aux nouvelles réformes. Le juge peut ordonner la production forcée des preuves. Il peut dire à l'adversaire de produire une preuve contre allégation du demandeur. Il peut obliger un tiers à produire un document (si celui-ci refuse : condamnation à une astreinte de tant par jour de retard).

Les attestations visent à remplacer les témoignages à la barre du tribunal. Elles permettent de contourner le problème du déplacement, de réduire la peur de représailles. Le témoin ne vient pas à l'audience, il atteste par écrit ce qu'il a vu, manuscritement. « Je soussigné, ...sais que ce document va être versé dans un dossier de procédure dans le cadre d'un procès, etc. ». On agrafe une photocopie de sa carte d'identité/passeport. Le juge pourrait toujours ordonner que les personnes délivrant des attestations viennent témoigner en personne, prêter serment. Mais cette procédure est une contrainte, une source de délais, et elle est rarement employée faute de temps.

### *B – Le progrès technique*

Les copies (photocopies ou microfilms) : sont un mode de preuve. Avant la réforme de 1980, le droit existant d'exiger de présenter l'original à la procédure, et si celui-ci n'était pas ou plus en possession de celui devant fournir la preuve, la photocopie devait être retirée. Après la procédure, on décide que la copie vaut preuve même dans l'incapacité de fournir l'original. C'est le résultat d'une loi votée à la demande des banquiers et assureurs (lobbying), en faveur des archives en microfilm. À quelles conditions une copie vaut-elle l'original ? À condition que le microfilm soit sur un support durable (question d'expert) et que la copie soit fidèle à l'original (si le juge se rend compte que la copie n'est pas conforme, elle ne vaut plus rien).

Une loi de 2000 permet l'écrit sous forme électronique. Un écrit aujourd'hui est soit un support papier, soit une version électronique. Les deux ont la même force probante. Les signatures électroniques sont valables. Le Code civil règle de conflit entre écrit support papier et écrit support électronique, le juge décide lequel est le plus vraisemblable (experts).

La preuve par les messages numériques (e-mails et SMS) : les juges reçoivent comme mode de preuve les SMS : arrêt de 2007 de la Cour de cassation, preuve en matière de harcèlement sexuel d'un employeur à une employée. Preuve confirmée en 2009 : contexte de divorce, cas d'adultère. Ces solutions valent pour les e-mails également. Une vieille jurisprudence veut qu'il soit possible de produire en justice le journal intime, les lettres et cartes postales reçues de l'amant, mais il faut pour cela que celui qui fournisse le téléphone et/ou le journal intime soit entré en possession du ou des objets sans ruse ni violence. Article 259-1 du Code civil.

## **Chapitre 10 : la classification des droits subjectifs**

### **1 – Les droits extrapatrimoniaux**

Ils se caractérisent par certains traits.

#### *A – Les caractères généraux*

Ils n'ont pas de valeur pécuniaire. Exemple : droit à l'honneur, droit à la liberté d'aller et venir.

Mais le juge est amené à évaluer l'atteinte au droit extrapatrimonial, selon les circonstances. Quel est le préjudice ? Comment le traduire en argent ?

Ils ne sont pas cessibles : on ne peut pas les transmettre entre vifs, on ne peut pas les vendre. Exceptions : il existe des cas où l'on peut céder certains droits à son corps : usage de son nom, don du sang, usage de son image, par exemple.

Ils sont intransmissibles (à cause de mort) : pas de transmission par succession.

Exceptions : nom de famille, atteinte à la mémoire du mort (diffamation d'un mort, on peut défendre la mémoire du père décédé). Il y a transmission du droit à l'honneur.

Ils sont insaisissables : personne ne peut les « confisquer », pas même des créanciers.

Exceptions : il est possible d'aller en prison. La contrainte judiciaire (connu sous le nom de contrainte par corps il y a quelques années) implique que si l'on ne paye pas d'amende intentionnellement (pour les crimes ou délits, pas les cas de contraventions), l'on est mis en

prison un certain nombre de jours en fonction de la peine, entre 2000 et 4000 = 20 jours d'emprisonnement, plus de 15 000 = 3 mois. Le cas des époux est légèrement différent : on ne peut pas mettre les deux en prison, ils iront à tour de rôle. Mais la dette n'est toujours pas éteinte après la prison.

### B – Les espèces

Certaines concernent le droit public :

Les droits politiques : droit d'être électeur, d'être éligible...

Les droits civiques : droit d'être juré en cour d'assises, assesseur au tribunal correctionnel, etc.

D'autres concernent le droit privé :

Les droits de la famille. Il y a d'abord ceux qui intéressent le couple (article 212 du code civil). Ils sont lus par le maire avant le mariage : les époux se doivent fidélité (physique et morale), secours (patrimonial) et assistance (aider l'autre). Ensuite vient ceux du cercle parental : en présence d'un ou plusieurs enfants mineurs non émancipés, il y a autorité parentale, où il y a des droits extrapatrimoniaux : obligation de veiller à la santé, sécurité, moralité du ou des enfants mineurs. Si les parents manquent à leur obligation, ils pourraient être sanctionnés, déchus de l'autorité parentale. Le cercle familial : la famille extranucléaire, comprenant notamment les grands parents (une grand-mère peut saisir le juge pour requérir un droit de visite. Les droits peuvent même parfois s'étendre au-delà de la famille traditionnelle (exemple, le concubin de la mère demande à voir ses enfants = filiation sociologique, filiation du cœur).

Le droit de la personnalité : hors de la famille, juste sujet de droit. Personne physique

Le droit à l'honneur, à la vie, intégrité corporelle, de pensée, de religion, de s'associer...

Le droit à l'image : c'est un droit complexe en raison de la nature de la société, qui est une société d'image (internet, télé...). On trouve d'un côté le photographié (qui possède le droit de l'image), et de l'autre des professionnels de l'image (disposant du droit de la presse et bénéficiant du droit sur la liberté publique, loi de 1981). On observe donc une collision entre ces deux droits. Ce n'est pas toujours le même droit qui en sort vainqueur. On distingue trois situations :

Le sujet de droit est dans sa sphère privée (chez nous, sur notre balcon, dans notre jardin, notre chambre d'hôtel, notre maison de campagne...), qui qu'on soit. Peut-on être photographié sans son accord ? Non. La photo peut-elle être publiée ? Oui, c'est encore possible, avec accord. Le détournement d'image est une faute (consentement pour publication dans une revue et pas une autre). Affaire Pompidou : il avait été photographié, la photo avait été publiée dans une revue, avec une bulle, pour une publicité pour une marque de moteur de bateau : cas manifeste de détournement d'image.

Le sujet de droit est dans l'espace public : les gens qui font des photos n'ont pas besoin de la double autorisation. Les gros plans de quelques secondes sont tolérables mais il ne faut pas que cela devienne un « acharnement », sous peine de constituer un abus de droit. Les gros plans sur la personne sont aussi des abus. Homme public, femme publique, député, chef d'État, star, etc. : dans la sphère publique, il est possible de photographier et de publier leur image. Il faudrait un cas extrême pour les considérer comme un détournement d'image.

Le sujet de droit est dans une entreprise. Des caméras peuvent-elles filmer librement le personnel ? Oui. Même les lieux qui reçoivent le grand public peuvent être filmés, avec autorisation préalable du préfet, à condition d'avoir un motif légitime (sécurité des salariés, lutte contre la délinquance, sécurité contre les incendies). L'entreprise doit en outre signaler que des enregistrements sont effectués, par courrier et via un affichage permanent. L'employeur peut-il utiliser l'enregistrement pour prouver une faute du salarié ? Oui, tant que l'enregistrement n'est pas clandestin. Et si l'enregistrement est clandestin, peut-il servir dans une procédure pénale ? Prud'homale ? On constate une divergence de jurisprudence à ce sujet. D'un côté, les chambres civiles n'admettent pas ce mode de preuve. De l'autre côté, du côté de la chambre criminelle : les juges répressifs estiment que ce mode de preuve est admissible (article 427 du code de procédure pénale : en matière pénale, tout mode de preuve quelconque est admissible). Il convient toutefois de vérifier si elles ne sont pas frauduleuses, elles sont donc admissibles avec la plus grande prudence. Une différence est faite car l'enjeu n'est pas le même. L'enjeu au pénal est bien plus important. Si l'on admettait ce mode de preuve dans le civil, par exemple pour le droit du travail, cela pourrait introduire l'espionnage dans l'entreprise, les salariés seraient alors contraints, d'où un climat de méfiance.

Le droit au corps, deux grands points :

Le corps est inviolable. Personne ne peut porter atteinte à votre corps. Un crime menant à une incapacité de plus de huit jours est un délit. Une incapacité allant jusqu'à huit jours est passible d'une contravention de cinquième classe. À l'extrémité du spectre, on trouve l'assassinat (à qui on attribue le caractère prémédité) et l'homicide volontaire (qui lui n'est pas réputé prémédité). Quid de l'accord de la victime ? Le médecin n'intervient que s'il y a nécessité médicale. Et la chirurgie esthétique ? On a fini par déclarer, en 1930, qu'il y avait nécessité médicale, que la maladie (le mal-être) derrière le besoin n'était pas que physique. La santé implique aussi le bien-être mental. L'OMS incorpore dans la santé le bien être de la personne. Cela étant, les juges ne valident pas toujours le consentement de la victime. Prenez l'exemple du lancer de nain, moyennant argent. C'est une pratique dégradante mais les nains étaient consentants. Les juges ont décidé que c'était interdit, affirmant que la dignité de la personne humaine était bafouée, suite à un concours de lancers de nain en discothèque à Morsang-sur-Orge en 1995.

Le corps est indisponible (on ne peut pas en disposer). Il est impossible de vendre, de donner ou de louer son corps. La prostitution est un délit pénal, le racolage actif est puni, le racolage passif est passible d'amende (la justice a toujours la preuve en cas de racolage passif). Une loi en cours vise à punir le client. La location de son corps est interdite (le travail ne consiste pas en une location de son corps). Cas du don de sperme : convention de mère porteuse nulle. Cour de cassation, trois arrêts : 6 avril 2011, où elle rappelle que la Convention de mère porteuse est nulle même si elle est faite à l'étranger. Elle est autorisée en droit américain. Une demande de transcription de la décision américaine sur le registre a été faite à Nantes (tout ce qui concerne les affaires dans les décisions étrangères). La France doit-elle ou non autoriser la transcription ? La Cour de cassation répond non.

## **2 – Les droits subjectifs patrimoniaux**

### A – Les droits personnels

On pense au droit de créance.

Une personne, dite « le créancier », peut exiger d'une autre personne, dite « le débiteur », qu'elle exécute son obligation (dette). Il est possible de vendre les créances. Elles sont cessibles, transmissibles à cause de mort, saisissables par les créanciers et prescriptibles (on peut perdre une créance).

### B – Les droits réels

Il s'agit des droits qui portent sur des choses (du latin res = les choses).

Le Code civil dit :

Les unes sont appropriées (elles ont un propriétaire).

Les autres ne sont pas appropriées.

Certaines ne peuvent pas avoir de maître (les choses communes : l'air, le soleil).

Gibiers ou poissons n'ont pas de maître même sur ses propres champs ; en respectant les lois de la chasse, le premier qui l'attrape en est le maître.

Certaines avaient un maître mais n'en ont plus : les choses jetées, abandonnées (pas de vol, abandon du droit du premier maître sur l'objet).

### C – Les droits de la propriété intellectuelle

Il est question de la création d'une chose nouvelle. La propriété intellectuelle relève du code de la propriété intellectuelle.

Il en existe deux sortes :

Les droits de la propriété industrielle, qui sont régis par le code de la propriété industrielle. Ordinairement, ce sont des industriels qui en sont propriétaires.

Au sujet des brevets : il s'agit d'une invention, il faut déposer une demande de brevet auprès de l'INPI. Le monopole d'exploitation peut courir pendant vingt ans. Il est possible de vendre le brevet, de le transmettre aux héritiers, de le louer à travers une licence, exclusive ou non. Passé 20 ans, elle tombe dans le domaine public.

Au sujet des marques : il s'agit d'un signe distinctif que les industriels et commerçants apposent sur leurs produits pour les distinguer. Elle doit aussi être déposée à l'INPI. Protection pendant 10 ans. Il faut renouveler de 10 ans en 10 ans. Peut se vendre, se louer dans le cadre d'une franchise, se transmettre.

Au sujet des dessins : logos, originaux, (ex : le crocodile de Lacoste...). Protection pour cinq ans, renouvellement au moins vingt-cinq ans. À l'INPI. Les modèles de formes d'un flacon, d'une bouteille. Auprès de l'INPI aussi. Pendant cinq ans aussi et vingt-cinq ans aussi. Céder, vendre, franchise...

Propriété industrielle : pénal.

Concurrence déloyale si 25 ans passé > civil art 1382.

Le droit de la propriété littéraire et artistique

Ils protègent ceux qui font une œuvre originale en matière de littérature, peinture, sculpture,

immeuble... la protection joue de plein droit, sans aucun dépôt.  
Droit moral, éditeur doit avoir le consentement de l'auteur. Droits d'auteur.

## **Chapitre 11 : le devenir des droits subjectifs**

Ces droits ont une vie, on peut les transmettre, ils peuvent s'éteindre.

### **1 – L'exercice des droits subjectifs**

#### *A – L'absence d'usage*

Certains droits subjectifs, lorsqu'ils ne sont pas exercés, ne disparaissent pas pour autant, exemple : le droit de propriété, qui ne se perd pas par non-usage. Le droit de la propriété industrielle sur un brevet : si, pendant trois ans, on n'utilise pas le brevet, un concurrent pourrait demander l'envoi obligatoire du brevet au TGI et celui-ci pourrait ordonner la création d'une licence d'exploitation obligatoire.

Certains droits s'éteignent toutefois par non usage, c'est le cas du droit de créance : si, pendant un délai de cinq ans, il n'est pas possible de contraindre le débiteur à nous payer, aucune action en justice ne peut avoir lieu.

#### **B – L'excès d'usage (exercice abusif)**

Peut-il y avoir abus de droit ? Oui.

Avant, certains auteurs affirmaient que l'abus de droit n'existait pas dans un contexte de légalité. Mais il peut y avoir abus s'il y a utilisation de droits par méchanceté, par une personne malhonnête, fautive. L'abus de droit conduit à des dommages et intérêts.

En droit de la famille : il peut y avoir abus de droit dans les relations sexuelles ; une trop grande « ardeur » dans ce domaine est donc susceptible de faire naître une demande de divorce.

Parmi les droits réels, on connaît la théorie de l'abus de droit de propriété. Article 544 du Code civil : le droit de jouir de la chose de manière la plus absolue.

Quelques exemples concrets d'abus de droit :

Arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 2 mai 1855, « arrêt de la fausse cheminée » : construction par un propriétaire d'une fausse cheminée pour cacher la vue d'un voisin. La propriété du sol l'emporte sur la propriété du dessous et du dessus. Il y a donc intention de nuire et absence d'intérêt légitime.

Condamnation : destruction de l'ouvrage litigieux et dommages et intérêts pour le préjudice fait au voisin.

Arrêt de la Cour de cassation de 1907 sur les sources de Saint-Galmier : une personne avait creusé sous son terrain afin d'atteindre une nappe d'eau (eau de Badoit). Son voisin a fait la même chose, mais si profond qu'il a cassé la nappe d'argile qui retenait la nappe d'eau,

menant à une situation dans laquelle le premier ne pouvait plus rien pomper. Celui qui utilise sa propriété dans l'intention de nuire, sans intérêt personnel, a donc été condamné aux dommages et intérêts.

Arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1915, « ballon dirigeable de Clément Baillard » : M. Baillard était un ingénieur qui croyait au plus léger que l'air. Il a mené la construction de ballons dirigeables pour l'armée. Dans les hangars où avait lieu la fabrication, le voisin, M. Coquerelle, propriétaire du terrain voisin mettait des pieux très hauts avec des pointes de fer tous les 10 à 30 mètres. Il s'agit d'un cas manifeste d'abus du droit de propriété, qui rappelle les deux arrêts précédents. Condamnation : destruction des pointes de fer + dommages et intérêts.

## C – L'usage frauduleux

Il s'agit de l'utilisation du droit pour une autre finalité que celle initiale, il y a détournement du droit.

C'est le cas de la fraude électorale, de la fraude fiscale, de la fraude matrimoniale (mariage blanc), de la fraude de reconnaissance d'enfant naturel, de la fraude aux droits des créanciers. Tout débiteur qui vend ses biens sans payer ses créanciers est présumé de mauvaise foi. Mais il faut prouver que le tiers, acheteur, est de mauvaise foi.

## 2 – La transmission des droits

### A – Le transfert à titre universel ou à titre particulier

À titre universel : le transfert se fait à cause de mort, de manière universelle, à une seule personne. Si plusieurs personnes se partagent l'universalité : testament.

À titre particulier : transmission d'un droit ou d'un bien particulier. Soit entre vifs, soit à cause de mort. Entre vifs : vente d'un brevet par exemple.

Cause de mort : un testament peut le stipuler. Légataire universel et légataire à titre particulier.

Le bien est reçu libre de toute dette, contrairement à titre universel (mais l'hypothèque suit la personne à qui l'immeuble passe).

### B – La transmission des droits par l'effet de la loi

Transfert du droit de propriété : nationalisation de l'entreprise.

Les expropriations : l'État prend le droit de propriété.

Propriétaire : perte du bien. Pas d'abandon du droit de propriété : usus, fructus, abusus.

Quelqu'un trouve la casquette, et s'en approprie, corpus animus = possesseur. Il est ici de mauvaise foi. Au bout d'un certain temps à certaines conditions, le possesseur devient le propriétaire.

### C – La transmission des droits par l'effet de la volonté

La volonté de l'homme est parfois toute puissante. Droit de créance, droit réel (propriété),

droit de la propriété industrielle, etc.

Comment ?

1. volonté unilatérale = mode translatif des droits

Le testament. Le testateur. Bénéficiaires = légataires. Holographe : Écrit à la main, signé à la main. Authentique : notaire. Les testaments mystiques.

2. échange des consentements = volontés bilatérale

Contrat. Il peut être translatif de droit : contrat de vente...

3 – L'extinction des droits

A – L'extinction par la volonté du titulaire du droit

Exemples : renonciation : la personne peut renoncer à son droit subjectif : droit subjectif de créance. Remise de dette. Lorsque le débiteur a exécuté son obligation.

B – L'extinction en dehors de la volonté du titulaire du droit

Elle se produit dans différents cas :

- En cas d'impossibilité d'exécuter de la part du débiteur, cas de force majeure ;
- En cas d'élément imprévisible ;
- Si elle est irrésistible ;
- En présence d'une force extérieure au débiteur ;
- En cas de vol à main armée (peut être un cas de force majeure) ;
- La mort ;
- Concernant les droits viagers, les retraites : l'usufruit prend fin ;
- Les contrats intuitu personae prennent fin (contrat de travail par exemple) ;
- Le droit de propriété (héritiers) ;
- La prescription extinctive (par exemple des créances).