|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| **[Introduction au droit luxembourgeois](http://www.cours-de-droit.net/cours-de-droit-luxembourgeois/introduction-au-droit-luxembourgeois%2Ca3181440.html)** **Partie introductive***Chapitre 1* LE SYTEME JURIDIQUE LUXEMBOURGEOIS Section 1 DROIT PUBLIC LUXEMBOURGEOIS Chaque Etat indépendant a son propre droit/système juridique. Nous faisons le droit luxembourgeois. Le droit n’est donc pas une science universelle, mais il n’y a pas n’en plus des différences radicales quant au 169 Etats du monde. On peut reconnaître différentes familles de droit qui ne sont pas compatibles:-droits germano-latins-droits anglo-saxons-droits islamiques… Définition du droit :Approche étymologique :droite en maths=chemin le plus court entre A et B. En découle une définition morale : bon chemin=comportement loyal, bon, juste. En latin : droit=jus,juris(n), jus civile=droit des citoyens. Ce mot vient de justice=justitia,ae(f). Pour les Romains : droit=justice(jus=ars aequi et boni=art du juste et du bon; suum cuique tribuere=donner è chacun ce qui lui revient). Or ce n’est pas toujours vrai(ex. 3e Reich), donc cette définition ne suffit pas.Approche sociologique :sociologie=étude de l’homme dans ses rapports avec les autres hommes, de son comportement au sein d’un groupe.(Ex : R. Crusoe est libre de faire ce qu’il veut sur son île tant qu’il est seul. Dès que Vendredi arrive, il y a source de conflits et il faut des lois pour rendre possible la vie en commun. Sans droit la vie en commun est impossible, il organise la vie en société, laquelle va vivre conformément au droit(=désagréable mais nécessaire). Les règles de droit son établies par ceux qui exercent le pouvoir politique  dans une société(démocratie :peuple(les dominés élisent les dominants=représentants du peuple, marxistes : Etat=domination d’une partie de la population sur les autres), roi, Dieu,…). Ils le font selon leur volonté et intérêt personnel, le droit reflète leurs idées. Le pouvoir fait le droit, le droit reflète le pouvoir. L’étude du droit est l’étude de la matérialité et de l’établissement des règles. Celui qui mâitrise le droit participe au pouvoir.  Déf. :Le droit est un ensemble de règles déterminées auxquelles un individu est soumis à tout moment dans la société dans laquelle il vit.  Le législateur établit des règles pour assurer son pouvoir, qui est limité à un Etat précis.L’Etat se définit par 4 conditions devant être nécessairement remplies :-territoire, limité par des frontières reconnues-population(=individus soumis à l’Etat, liés au territoire par leur nationalité)-gouvernement effectif(légitime ou non) =organisation politique à laquelle est soumis la population résidant sur le territoire.-souveraineté(=le plus important) existant pour une collectivité autonome, indépendante et sur un pied d’égalité face aux autres EtatsLe Luxembourg est un Etat car il remplit ces 4 conditions : territoire, population à nationalité luxembourgeoise(art.9Cst.)(population étrangère ne l’a pas), gouvernement: pouvoir organisé par Cst. et exercé sur pop. et territoire, souveraineté: lois de Cst.lux.  seulement valables sur territoire lux. La Cst. lux. date du 17.10.1868. Conséquences de la souveraineté sur le droit :-doit être fait par les organes de l’Etat même(pas par une puissance extérieure)-règle de non-immixion d’un Etat dans les affaires d’un autre Ressemblances avec le Code Napoléon(=Code civil français, de 1804), car Lux. faisait alors partie de la France(Département des Forêts). .De nos jours, le Code civil lux. n’a plus que des ressemblances avec le code français. En 1956, un an avant la signature du traité de Rome, l’article 49bis a été ajouté à notre Cst. : le Luxembourg transfère une petite partie de sa souveraineté à une institution de droit international comme l’U.E., en lui laissant par un traité une dévolution temporaire de certains pouvoirs(attribution/transfer d’1 partie de la souveraineté).Cette tendance est croissante, or l’Europe n’a pas encore assez de pouvoir pour être souveraine(Etats-membres restent donc souverains). Section 2: Les 4 piliers du droit On distingue 4 piliers du droit, dont les 3 premiers sont de tradition des piliers de droit : la famille, la propriété, le contrat et le principe de la légalité. 1.)Le principe de la légalité =principe le plus fondamental de notre droit, or n’est pas reconnu textuellement dans la Cst. lux., exige la soumission de l’Etat (et des citoyens) au droit(=Etat de droit), donc l’observation de règles qu’il a faites, sous risque d’être sanctionné pour non-observation de ces règles. Existent 2 conditions : 1.)légitimité du pouvoir  =pouvoir doit être démocratique(conception de légitimité dans pays islamiques n’est pas la nôtre) Au Lux. : démocratie parlementaire, demos=peuple, cratos=diriger, régner, élections chaque 5 ans, parlement=ChdD. Les citoyens se gouvernent eux-mêmes. On distingue :-démocratie directe : peuple se prononce/prend décisions lui-même, directement(ex. Suisse)-démocratie parlementaire/représentative/indirecte : représentants élus par peuple votent lois/prennent décisions pol. au nom du peuple. Or parfois référendums demandent avis direct du peuple(au Lux. 2 en 1919 et le dernier en 1937). Lux. =démocratie parlementaire selon art.1 et art.32Cst.(puissance souveraine réside dans la nation=parlé de nation car plus abstrait que peuple(=somme des citoyens), et on ne veut donner la puissance souveraine à qqn. de précis). Or beaucoup de principes fondamentaux viennent de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 et non pas de la Cst.lux(aussi sanctionnés). Au Lux. séparation des pouvoirs(idée de Montesquieu), tous pouvoirs ne sont pas concentrés sur une seule institution. On distingue 3 organes étatiques différents et indépendents les uns des autres:-pouvoir judiciaire : art.49Cst., sanctionne l’inexécution des lois. Exercice du pouvoir jud. au Lux. par Cours et Tribunaux de l’ordre jud.(ceux de l’ordre admin. n’appartiennent pas à ce pouvoir)-pouvoir législatif : art.46-48Cst., fait règle de droit/loi, pouv. exercé par ChdD(parlement monocamériste)(art.50Cst. : ChdD représente intérêts généraux du pays, élu par peuple)= pouv. le plus important-pouvoir exécutif : art.33-45Cst., veille à exécution des lois, pouv. exercé par G.-D.(art.36 et 37Cst.)en théorie, ms en pratique par gouvernement(=collège des ministres) Les pouvoirs internationaux : art. 49bis.Le respect de Cst. garanti par art. 95terCst.(de 1996) : Cour constitutionnelle peut recevoir contrôle de la constitutionnalité des lois et peut sanctionner Etat si 1 loi contraire à Cst. 2.)exercice de la force publique/collective =obligatoirement monopôle de l’Etat et des Communes (seuls à pouvoir utiliser force dans le cas où les règles ne suffisent plus pour organisation de la société), qui doit se servir des organes de la force publique, soumise au G.-D.(puissance suprême)(armée : défense du territoire et police : maintien de l’ordre interne). recours à force privée/individuelle interdit ss exception(sauf légitime défense dans mesure appropriée à situation)(nul ne peut se faire justice soi-même). 2.)La famille =ensemble de personnes physiques rattachées entre elles par la filiation(aussi filiation adoptive, or n’est pas de la descendance):lien de parenté, personnes unies par le sang : soit parenté directe=2 personnes descendent l’une de l’autre(ex. fils du père), soit collatérale=2 personnes descendent d’1 auteur commun(ex.cousins/cousines)ou par le mariage(=acte jur. par lequel 2 personnes physiques de sexe opposé décident de vivre ensemble et de se soumettre à qques règles réciproques) :lien d’alliance(ex. beau-père, belle-fille). plus petite cellule de vie en commun, autrefois la seule à être protégée par la loi et à bénéficier d’une reconnaissance juridique(toujours le cas au Lux.). En droit romain la famille était considérée au sens large du mot(chef de famille : pater familias), le christianisme ne protège que le mariage et les enfants qui en sont issus(chgmt en 1948 avec signature du traité des droits de l’homme pour situation des enfants naturels). Le Code Napoléon est malgré la révolution bourgeoise(Tiers-Etat) de 1789 qui a abolie le clergé(un des états) et donc diminuée l’influence de l’Eglise, influencé par l’Eglise en matière de protection de la famille(protection au sens canonique). En effet Napoléon était influencé par des conceptions religieuses et de plus il voulait éviter de protéger la famille au sens large du terme car celle-ci ressemblait trop à une corporation(abolies par rév.).Une grande partie du CC concerne la protection de la famille : raison pour laquelle mariage et divorce sont des procédures difficiles(protection des enfants nés du mariage), certaines conditions doivent être remplies(âge, pas de bigamie,…). De plus : présomption de paternité=mari présumé être père jusqu’à preuve du contraire par celui-ci.(art.312CC), pour protéger la famille. Les enfants légitimes sont longtemps privilégiés(héritaient seuls) face aux enfants naturels(non issus du mariage), aujourd’hui il y a presque égalité.  CP et Cst. protègent aussi famille(art.11Cst., titre7 du livre II CP : avortement, délaissement de l’enfant, bigamie,(art. 391 : jusqu’à 5 ans de prison), abandon de famille(art. 391bis : jusqu’à 3 ans de prison+dette par CC),…) Autrefois même l’adultère(=fait d’avoir en tant que personne mariée une rel. sexuelle avec une tierce personne) était considéré comme infraction et puni par art.385 CP(aboli en 1974) : de 1 mois à 1 an de prison pour mari entretenant des concubines dans maison conjugale et 2mois à 2 ans pour femme convaincue d’adultère(1 seule rel. sexuelle).Aujourd’hui les visions quant à la famille ne sont plus si serrées qu’autrefois(ex. pacs pour couples homosexuels…)  3.) La propriété privée La prop. privée est le droit de jouir et de disposer des choses(=droit le plus fort), pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements(art.544CC, modifié en 1987 : de la manière la plus absolue a été enlevé). Il s’agit de la rel. entre personnes et biens(=objet de droit), droit subjectif sur une chose, jus in re=droit dans la chose, attaché à la chose. Ce droit appartient à un des droits réels et a 3 composantes :-usus : usage(ex. arbre : se mettre dans l’ombre, maison : l’habiter)-fructus : fruit=jouissance( arbre : cueillir les fruits, maison : la louer)-abusus : disposition, on peut faire de la chose ce qu’on veut, à l’exception de ce qui est prohibé par la loi(ex. troubles du voisinage,…) (arbre : l’abattre, maison : la vendre).  La propriété privée implique trois choses :Les personnes physiques, les individus, peuvent être propriétaires de choses à titre exclusif et elles peuvent revendiquer (rei vindicatio = revendication) leurs possessions à n’ importe quel moment, à n’ importe qui=droit de suite et de revendication(ex. :lorsqu’il y a revente d’une chose volée, alors le 1er propriétaire a le droit sur la chose, même si le 3e propriétaire ne savait rien du vol) . L’ individu exerce donc un droit absolu sur sa possession(sauf copropriété). Historique: Au droit barbare toutes les possessions étaient la propriété collective des peuples(possession individuelle). Au Moyen-Age on trouve les possessions féodales(possession individuelle). Le droit socialiste avait abrogé la propriété privée (à l’exception de quelques biens). Il faut faire 1 choix politique/économique : régime de propriété individuelle ou collective. Impact sur l’économie, pour le 1er : libéralisme/capitalisme. Ceci est l’explication de l’importance attribuée à la prop. privée(=pilier du droit) en Occident. On peut faire deux observations sur la propriété privée :1.)  Quand on a la propriété d’ une chose, personne ne peut vous expolier de cette possession.Exception : Art. 545 CC, Art. 16 Constitution : L’Etat ou la commune peut vous priver de votre propriété pour cause d’utilité publique(ex :construction d’une autoroute), dans le cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité(=expropriation), et en cas de crise(=réquisition). Or une nouvelle loi permet à l’Etat de ne payer qu’un accompte, de laisser faire une expertise de la prop. expropriée,  et de ne payer l’indemnité qu’après le résultat de celle-ci. 2.)  Crimes et délits contre les propriétés(Titre 9, livre 2 CP) :1er : vol=soustractionfrauduleuse(=illégitime) d’ un objetappartenant à autrui(art.461)2ième : extorsion, chantage=Erpressung(art.470)3ième : abus de confiance=Unterschlagung(art.491)(=ne pas remettre 1 objet à qqn.)4ième : recel=Hehlerei(art.505)(=fait d’acheter 1 objet volé en le sachant)5ième : incendie volontaire(art.510)6ième : destructions, dégradations et dommages(art.521)7ième : cel(=fait de garder un objet trouvé)(art.508)  4.)L’Autonomie de la volonté privée   Il s’agit d’une liberté contractuelle et d’une responsabilité civile. Contrat=accord de volonté en vue de produire des effets juridiques entre 2 ou plusieurs personnes. L’ obligation acceptée dans un contrat doit être suivie comme si c’était une loi (Art,1134 al.1er CC).On ne peut pas forcer un autre à conclure un contrat. Tout contrat signé non volontairement n’ est pas valable. L’accord ne doit pas être écrit(l’entrée dans un magasin est aussi un contrat).Les parties peuvent conclure un contrat et y inclure toutes les obligations qu’ elles veulent, pourvu que ceux qui les signent soient d’ accord(on peut même renoncer à une garantie dans un contrat).Autonomie de la volonté privée=liberté contractuelle(base de l’économie de marché) : a)    liberté d’entrer ou non dans le contratb)    liberté du contenu du contrat(contrat sui generis=contrat innommé) Exceptions ( fausses exceptions dans le contexte juridique) : a) assurances obligatoires, comme l’ assurance de voiture, l’ assurance  d’incendie…  b.)  obligations contraires à l’ordre public et aux bonnes moeurs=ce qui a trait aux intérêts fondamentaux de l’Etat et de la collectivité(art.1131+1133 CC): ex. : louer une maison en sachant qu’elle est utilisée en tant que maison de débauche. Lorsqu’il y a illégalité, le contrat est annulé. Souvent on n’a aucune influence sur le contenu d’ un contrat. On appelle ces contrats contrats d’ adhésion. Ou bien on les accepte tels qu’ils sont ou bien on ne reçoit pas ce que l’on désire avoir. (Exemple : assurances, tickets d’ avion) On parle de liberté parce qu’on a la liberté d’entrer dans un contrat. La manifestation libre de la volonté est protégée(art.1109: consentement par dol(=fraude): nullité du contrat).On parle d’égalité parce que les deux parties qui signent le contrat se trouvent sur un pied d’égalité, ce qui, de nos jours, n’est, le plus souvent, plus le cas. (Ex. : contrat de travail : infériorité de l’ouvrier par rapport au patron). Le législateur a dû intervenir pour protéger les économiquement faibles (ouvriers, locataires, consommateurs), pour rééquilibrer les choses. Cette protection réside dans le droit civil. Existent trois vices du consentement :1)    violence physique  et morale2)    erreur de la part de la personne privée, par propre faute3)    l’ autre a fait des manoeuvres frauduleuses sans lesquelles on n’ aurait  pas contracté(486 et 488 CP) Le contrat est  un instrument extrêmement important du juriste. Les 4 piliers de droit, les principes, connaissent une triple consécration : protégés dans la Constitution, dans le Code Civil et dans le Code Pénal.     *Chapitre II: Droit et droits*   Entre Droit (objectif) et droits (subjectif) on doit faire une distinction fondamentale. **Droit objectif** Le droit objectif désigne un ensemble de règles obligatoires (pour la vie en société) sur un territoire déterminé. Ces règles sont abstraites, nécessaires et concernent tt le monde. (En général Droitest alors accompagné d’un adjectif qui précise l’objet auquel il se rapporte.) Ensemble de règles: règles juridiques, qui se distinguent de toutes les autres règles pour être obligatoires. Si on brise ces règles, on doit s’ attendre à des sanctions de la part de l’Etat. Ces règles juridiques imposées parviennent de l’Etat et sont sanctionnées par l’Etat. Uniquement des règles qui sont sanctionnées sont obligatoires et donc des règles juridiques. Le droit ne comporte que des règles juridiques. La loi donne le caractère obligatoire à l’obligation d’un contrat.(Il y a des dizaines de milliers de règles juridiques, il est impossible de les connaître ttes.) La société ne peut fonctionner que si tout le monde observe toutes et les mêmes règles juridiques. Pour que tout le monde puisse respecter les règles juridiques, il faut les connaître.Il existe une présomption (technique juridique par laquelle on suppose comme réel ce ce qui n’est que probable ou moral; ex.: présomption de paternité, d’innocence) irréfragable (qui ne peut pas être renversé par la preuve du contraire) : tout le monde connaît le droit : Nul n’est censé ignorer la loi.Nemo censetur ignorare legem.On fait comme si tout le monde connaissait la  règle juridique. Le système juridique ne peut fonctionner que parce qu’on a cette règle(principe non-écrit).Le citoyen doit être théoriquement mis dans la possibilité de connaître la règle juridique et c’est pourquoi elle doit être publiée(publicité légale). Ainsi il peut se comporter de manière jur. adéquate. Il faut que la règle juridique soit publiée avant qu’elle ne puisse entrer en vigueur=non-rétroactivité de la loi(Art.2 CC; Art. 2 al.1er CP).  Mais il y a deux exceptions: -       Si la nouvelle loi votée est favorable à l’accusé/au condamné, elle est appliquée rétrospectivement(loi la plus douce).-       Lorsque la procédure change, elle s’applique à tous les procès, même à ceux qui sont déjà engagés.C’est aussi vrai dans le droit fiscal. Autre exception: procès de Nuremberg: vu que les crimes de guerre n’en étaient pas lorsqu’ils ont été commis, les accusés n’auraient pas dû être condamnés.   (Le Code civil comporte 2281 articles :-       Titre préliminaire : art.1-6 (applicables dans toutes les branches du droit)-       Livre 1er : Personnes :art.7-515-       Livre 2 : Biens : art. 516-711-       Livre 3 : Mode d’acquisition de la propriété :art. 711-2281)                                                  Art. 1er du Code Civil de 1804 : Loi (Parlement vote la loi); la loi est exécutoireelle a été promulguée par le Grand-Duc. Le Grand-Duc signe la loi. Par cette signature, la loi est sanctionnée et promulguée=arrêté royal grand-ducal du 22/10/1842. L’art. 112 Const. de 1868 renvoie à l’arrêté royal grand-ducal du 22/10/1842.Toutes les normes doivent être préalablement publiées. (Les lois et les arrêtés et règlements grand-ducaux appartiennent au pouvoir central, tandis que les règlements communaux app. aux pouvoirs communaux (Art. 107 Constitution).) La publication légale des lois se fait dans le journal officiel de l’Etat, qui, pour le Grand-Duché de Luxembourg, est le Mémorial. Existent 3 parties du Mémorial:-Mémorial A : recueil législatif : publication de ts les lois et règlements-Mémorial B : recueil admin. et économique : publ. des arrêtés g-d et des autres décisions administratives-Mémorial C : recueil spécial des sociétés et administrations : sociétés, associations, fondations Toutes les lois, arrêtées et règlements grand-ducaux entrent en vigueur trois jours francs après leur publication(date sur journal compte).L’Art. 82 de la loi communale du 13/12/1988 et l’arrêté grand-ducal disent que les règlements communaux doivent se faire par voie d’affichage dans le Raider. L’Art. 4 de l’ arrêté grand-ducal dit que dans le Mémorial doit être mentionné que le règlement communal a été affiché.Exception : publication avec référence : autre date d’entrée en vigeur, or tj. pas de rétroactivité.Les autres journaux officiels sont : Journal officiel de la République française, Moniteur belge, Bundesgesetzblatt, JOCE(journal officiel de la CE).Les publications dans le journal officiel de la communauté européenne valent sur le territoire luxembourgeois. Le droit communautaire prévoit certaines règles qui elles prévoient des dispositions pénales(voir art. 49bis Cst.). L’Art. 1er  de la loi du 09/o8/1971 permet de publier les dispositions de la communauté européenne par voie de référence dans le Mémorial(conformémt à art.112).  La règle est obligatoire, elle est contraignante, l’Etat peut l’imposer, faut-il, par la force. La règle est d’abord sanctionnée.règle violation sanction  cours ou tribunaux des ordres judiciaires   exécution, ou bien volontairement ou bien par la force..( tt débat judiciaire est contradictoire, donc il faut entendre ttes les parties :auditur et(iam) altera pars).Les sanctions sont les conséquences de la non-exécution de la règle juridique. Sanctions : a) exécution en nature (n’est pas toujours possible, fait d’obtenir ce qui a été promis mais non pas donné)                  b) dommages  et  intérêts  physiques et moraux (exécution par équivalent)                  c) nullité(disparition rétroactive de ce qui a été fait en                       contradiction avec la loi)                  d) peine(élément de répression, mal, instrument caractéristique du                      droit pénal à but dissuasif=préventif et répressif, punition en tant que vengence de la société)But essentiel pour a), b), c) : réparation du dommageBut essentiel pour d) : punir celui qui a violé la loi et dissuader celui qui pourrait encore violer des règles du droit pénal. Toutes les règles juridiques sont obligatoires. Or il y a des règles qui sont plus obligatoires que d’autres. Degré variable dans la force obligatoire des règles juridiques.Existent deux grandes catégories de règles:1.)  règles d’ordre public (jus cogens)=règles impératives=directement obligatoires Règles auxquelles on ne peut pas déroger (Art. 6 CC)2.)  règles supplétives (jus dispositivum)=indirectement(par contrat=obligatoire) obligatoires      Les parties concernées peuvent déroger aux règles supplétives. A défaut d’avoir fait des propres dispositions, il y a ces règles-là qui s’imposent obligatoirement(Art. 1134).En cas de violation, il y a sanction.E n 18o4, la peine existait encore en matière civile et en matière commerciale. En 1868, la Constitution luxembourgeoise a aboli la peine dans ces domaines. La peine ne reste plus que dans le domaine pénal. Sans territoire il n’y a pas d’Etat, et le droit a ses origines dans l’Etat. Le territoire est le lieu d’application de la règle juridique. Le principe de la territorialité de la loi : Les lois d’un certain système juridique ne s’appliquent que sur le territoire d’un Etat déterminé. La règle juridique doit s’appliquer aux hommes. Elle s’applique donc à toutes les personnes qui se trouvent sur un territoire déterminé, indépendamment de la nationalité.Le principe de la personnalité des lois : Chaque individu est soumis au pays dont il a la nationalité(droit national).Les deux principes entrent en conflit.Historique : Le problème se posait déjà en droit romain. Les Romains optaient pour la nationalité des lois. Le droit romain était appliqué aux citoyens romains (jus civile). Ceux qui n’étaient pas romains étaient soumis au droit des peuples(jus gentium). On leur appliquait leur loi nationale(personnalité des lois).Au  Moyen-Age s’installait le système féodal. Le roi donnedes territoires aux seigneurs, qui les donnentà d’autres seigneurs, qui les donnentaux comtes, aux marquis, …Le principe de territorialité est appliqué. Vers le 6ième, 7ième siècle P.C. le système de la territorialité est interdit, car chacun a alors son droit sur son territoire. A un certain moment, 15.000 coutumes/systèmes juridiques différents! C’est un régime tout à fait invivable. En 1804, Napoléon va unifier et transformer ce système. Napoléon a fait un choix entre territorialité et nationalité : territorialité compte mais est dans certains points corrigée par nationalité(ainsi une infraction commise par un étranger au Lux. est punie selon la loi lux., de même les impôts à la source : le droit fiscal lux. ne compte pas pour Lux. résidant à l’étranger) 1972 majorité civile réglée différemment en Belgique et au Luxembourg.L’Art. 3 du CC résout le problème de la territorialité et des personnalités de la loi. Aspect territorial : al. 1er et al. 2(immeubles)(Lois de police et de sûreté : Tout le monde se trouvant sur un territoire doit respecter les lois qui concernent l’ordre public, la nationalité ne joue aucun rôle.)Aspect de la personnalité : al. 3 : état et capacité des personnes. Tout ce qui concerne le statut des personnes morales et physiques est régi par la loi de nationalité.  Extention du territoire national :  -territoires d’outremer, colonies (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Australie, Canada)-       Navires battant pavillon d’un pays-       Avions appartenant à un pays ( ne joue que pour des affaires civiles)Pour l’application du droit luxembourgeois (ensemble des règles sur un territoire limité)compte système d’application distributive.A qui appartient la mer ? Cette question s’applique à tous les Etats qui ont un accès à la mer. Une partie du socle continental, 200 miles marins, appartiennent encore à la zone territoriale.Contrat international: les parties peuvent choisir le droit auquel leurs relations sont soumises. N’importe quel droit peut être choisi! Le droit international privé s’occupe des problèmes où 2 lois de pays différents entrent en conflit.     **Le droit subjectif**  Au sens subjectif(illimité) le droit désigne une prérogative personnelle, reconnue par le droit objectif.Prérogative =  possibilité / faculté de faire quelque chose, d’agir, de ne pas agir, …Cette faculté donne au sujet de droit le droit à un certain comportement.Chaque droit subjectif a un sujet de droit qui exerce cette prérogative(de sujet vient subjectif).Le droit subjectif implique deux choses : 1)    Je peux exiger de toute la société le respect de mon droit subjectif. 2)    Si ce droit n’est pas respecté par ceux dont je peux l’exiger, je peux faire appel à la force publique pour faire respecter mon droit subjectif. Là le droit subjectif se rapproche du droit objectif. Le pouvoir judiciaire protège le droit subjectif. Affaire en justice = action en justice : procédure / moyen mis en oeuvre pour obtenir du système juridique le respect du droit subjectif.  Si on sort une règle du droit objectif, ensemble des règles jur., et qu’on l’analyse on découvre une série de droits subjectifs.Le droit subjectif a comme base le droit objectif. Exemple : La mère et l’enfant ont des droits que leur doit le père. Si le père abandonne la famille et refuse de la soutenir financièrement, la mère et l’enfant peuvent le citer en justice. Ils mettent en oeuvre leur droit (plainte pour abandon, saisie). Le droit subjectif qui leur appartient est protégé par le droit objectif. Le droit objectif garantit le respect et la sanction du droit subjectif. La prérogative personnelle = une prérogative reconnue a un individu, titulaire de ce droit. L’individu peut l’utiliser dans son intérêt particulier(pas dans l’intérêt général) et se prévaloir de ce droit dans ses relations avec d’autres individus. Le droit subjectif est individualiste et égoïste. On n’a jamais besoin de se limiter, même si c’est préjudiciable à un tiers. Feci, sed iure feci. Je l’ai fait, mais je l’ai fait pour le droit. Le droit m’y a autorisé.Exception à la règle Feci sed iure feci : La règle de l’abus de droit. Cette règle est en fait une contradiction en-elle (Contradictio in terminis). Cette idée est née de certaines situations de fait: si on utilise ses droits jusqu’au bout on viole souvent plus d’intérêts qu’autrement. L’application extrême du droit peut aboutir  à une très grande injustice. Summum jus, summa injuria, théorie de l’abus du droit, vers 1900, de la part de Monsieur Josserand.Exemple : la mitoyenneté A a un terrain et B a un terrain. Les deux sont voisins, leurs terrains se touchent. A construit une maison qui, à la fin dépasse de 30 cm son terrain. B ascite A en justice pour récupérer son terrain (Art. 544 CC). En droit absolu B gagnera le procès. Mais à la fin du 19ième siècle on s’est rendu compte que l’usage du droit devient dans un tel cas déraisonnable, voir même fautif. C’est la règle de la proportionnalité qui est alors appliquée. Le dommage de A serait, au cas où B gagnerait le procès, beaucoup plus grand que le gain de B. A cause de cette disproportionnalité A n’a pas besoin de détruire sa maison.L’Art. 6  du CC provient de la loi du 2 juillet 1987, loi qui essaie de limiter le caractère absolu des lois. Si l’utilisation du droit commence à nuire aux autres il y  a abus de droit (exercice anormal de droit).  *Chapitre III : La position du droit*  Section 1 : Position interdisciplinaire du droit   Contrairement à d’autres sciences, le droit est un phénomène social, un produit/une fabrication de l’homme. Donc le droit ne vient ni de Dieu (n’est donc pas d’origine divine) ni de la nature (pas d’origine naturelle).Le droit est une science, mais pas une science naturelle. Le droit est un pur produit de l’intelligence/volonté humaine(science humaine, l’homme compte).Le premier ensemble de règles juridiques qui est connu est le Code Hammourabi de Babylone.Dans les sciences humaines existent deux catégories :1)    les sciences humaines purement descriptives2)    les sciences humaines normatives (qui font des règles)Le droit appartient à la catégorie des sciences humaines normatives.L’économie est partiellement descriptive et partiellement normative. Il existe un principe en droit qui s’appelle droit naturel. Cette école avait son importance au 18ième siècle. Mais le droit est classé de nos jours plutôt dans la catégorie des sciences normatives. Certaines disciplines, branches auxiliaires du droit, aident le droit et l’étude du droit (aident à comprendre et appliquer le droit). 1.)La sociologie : les sciences sociales qui étudient l’homme qui vit en société et les relations humaines. (Le droit n’existe que si l’homme vit en société.)2.) L’histoire, car le droit actuel ne peut être compris que si on connaît sa source. Il faut comprendre la teneur et le sens des règles du droit d’aujourd’hui. (5 grands codes bourgeois)3.)L’étude de la personnalité du justiciable est importante, car l’homme est au centre du droit. Il faut comprendre l’homme à l’aide de la psychologie, de la médecine légale, de la criminologie (étude systématique de la criminalité)pour le juger.                             Section 2 : La position philosophique du droit  La philosophie est un système général d’idées qui soutiennent une science ou un art. a)    Quelle est la raison d’être du droit ? Comment le droit se justifie-t-il ? Pourquoi est-il utile, voir nécessaire ?La réponse se trouve dans la sociologie : le droit règle la vie en société. Le droit est un mal nécessaire pour que la société fonctionne. b)    Quelle est la base spirituelle du droit ? Comment se fonde le droit ? Sur quoi le droit se base-t-il ? Au fil de l’histoire, il y a 2 grandes idées qui se sont combattues. Existent deux conceptions du droit : -       Le droit doit mener vers une société juste. Le droit est justice et l’homme veut vivre dans un monde juste et équitable. Les adhérents de cette thèse croient que par nature l’homme a un comportement juridique naturel, il n’invente pas le droit, mais l’a en soi dès sa naissance.idée de droit naturel, supérieur au droit créé par les hommes La conception idéaliste du droit (Locke, Rousseau,…) ne s’est pas imposée (exception : les droits de l’homme. Les droits de l’homme sont une théorie qui dit qu’il existe des droits inhérents à l’homme qui s’imposeraient à tout système juridique droits d’origine naturelle.) -La conception positiviste est l’ensemble des règles en vigueur effectivement à un moment donné sur un territoire déterminé. Ces règles sont imposées par le pouvoir, le pouvoir en place les sanctionne effectivement.Le fait qu’une règle juridique existe ne dit rien sur la qualité de cette règle. (Exemples : Irak, Allemagne 1933-1945) Tout Etat du monde a des règles juridiques, même si dans notre mentalité ces règles ne sont pas justes, bonnes.La conception positive l’a emporté (Membres de l’école du droit positif : Karl Marx, Durkheim, …). c)    Quelle est la fin, la finalité, le but du droit ? Dans la mentalité de l’Islam, le droit prépare le règne de Dieu déjà sur terre. Dans la mentalité socialiste, le droit organise la société et essaie de donner à tous les membres de la société le plus de libertés(intérêt individuel)Dans notre société, le droit rend la vie en société vivable, il fournit les règles nécessaires.    Section 3 : La position sociale du droit   Quelle est la place du droit, des règles juridiques parmi toutes les valeurs dans la vie de tous les jours?  (valeurs religieuses, valeurs morales,  éducation)    Existent 2 idées :                                                                                                                          1) le droit est l’ensemble des règles obligatoires. Les lois s’imposent au citoyen. La     loi est une contrainte pour l’homme. Mais les règles juridiques sont nécessaires, justifiées. La grande majorité des citoyens observe la règle juridique. 2) La règle juridique doit être acceptée intellectuellement par la société, sinon elledisparaît ou continue à exister mais n’est pas observée. Exemples :                              -les règles de la circulation routière ne sont pas respectées car elles ne sont pas         acceptées. Lorsqu’on exagère la règle juridique, elle n’est plus acceptée et plus observée. La non-acceptation de la règle juridique conduit à sa non-observation.                - la fraude fiscale est un résultat direct de la non-acceptation de la règle juridique. Si une certaine limite est franchie les gens frauderont le fisc ou ne travailleront plus.  L’Etat a le droit d’imposer n’importe quelle règle juridique, mais il faut que la grande majorité de la population l’accepte, sinon il y a de façon permanente une non-acceptation et donc non-observation de la règle, or il faut assurer le bon fonctionnement de la société. A part ce phénomène de non-acceptation, il y a des hommes qui brisent les lois pour d’autres raisons : le phénomène de la méchanceté, le phénomène de la maladie et le phénomène que l’interdiction peut provoquer l’homme à faire ce qui est interdit.    Partie I :  Phénomène du droit Le droit s’impose à nous. Nous considérons le droit comme un phénomène existant. Nous avons en premier lieu une réaction passive sur le droit. Nous appréhendons le droit dans son sens objectif et son sens subjectif.  ***Titre 1 :  Droit objectif*** ***Chapitre 1 : La division du droit*** Section 1: Les critères de division  Quels sont les critères de division qui existent pour diviser les règles juridiques? Il y en a quatre : 1)    Le critère de la source de la règle de droit Selon ce critère, on considère l’origine de la règle juridique. La source du droit objectif peut être divisé en 2 grands sous-ensembles : Le **droit naturel :** Il devrait compter nécessairement pour tous les hommes et dans tous les Etats. La conception du droit naturel devrait être la même pour tous les hommes, leur sens d’équité/d’inéquité devrait être le même partout au monde. Quelque soit l’origine de l’homme, il devrait être né avec des règles qui conditionnent la vie en société. Or ce n’est pas le cas.Le **droit positif :** L’homme vivant en société a besoin d’une personne, de quelqu’un qui a du pouvoir et qui fait et impose alors les règles juridiques. Le problème de ce critère est que le droit positif est le seul droit qui existe, et donc on ne peut pas diviser le droit selon le critère de la source. Ce critère ne nous emmène pas vers une classification rationnelle de la règle juridique, parce que toutes les règles appartiennent au droit positif. 2)    Le critère du fondement spirituel du droit Le **droit religieux**, ensemble de règles générées par une religion déterminée, imposées par une divinité. Toutes les religions ont des règles. Le **droit laïc** est un produit pur de l’intellect humain. Il tire son origine du fait de l’homme. Le droit laïc est le seul droit appliqué dans nos régions: société temporelle. On ne peut donc pas diviser le droit à l’aide de ce critère vu qu’en tout cas il n’existe pas de règles religieuses en droit luxembourgeois. Des éléments religieux restaient pour longtemps dans le droit luxembourgeois. Encore aujourd’hui il n’y est nulle part marqué, contrairement à la constitution française, que le Luxembourg est un Etat laïque. (les articles 19 et 20 de la Constitution luxembourgeoise acceptent une certaine liberté de culte) Le Luxembourg n’est donc pas un système authentiquement laïc. 3)    Le critère de l’application territoriale Le **droit national**, interne est l’ensemble des règles applicables sur le territoire d’un Etat seulement. (base matérielle/géographique pour l’exercice du droit, y compris l’espace aérien, sous-sol et mer) Le **droit international** est l’ensemble des règles applicables sur les territoires de plusieurs Etats différents. C’est le droit qui régit l’ordre de la communauté des Etats, des  nations (relations entre les Etats) : droit des peuples=jus gentium. On pourrait utiliser ce critère au Luxembourg, car ses deux catégories sont remplies. Les règles de droit international doivent être inscrites dans le droit national. Les Etats, les communautés d’Etats, les organisations internationales (ONU, OTAN,…), des individus (à titre exceptionnel) peuvent être des sujets du droit international. Le droit international peut encore une fois être diviser en droit international public (relation entre Etat et Etat et entre Etat et particuliers) et droit international privé (relation entre particuliers).Droit international public : Par exemple : La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (ambassades, …), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (relations entre les Etats et les particuliers), la Charte des Nations Unies (1944, relations multilatérales), le traité de Rome (la création de l’Union Européenne est surtout basée sur ce traité de 1957). Les règles du droit international viennent surtout de traités internationaux. (Art. 37 Const.) Le pouvoir exécutif fait les traités, mais un traité n’aura effet que si il est ratifié par la Chambre des Députés (qui peut l’accepter ou le refuser, pas le changer) et s’il est publié comme une loi. Le droit international privé, aussi appelé droit des conflits, règle les relations privées internationales. Si une relation privée présente un élément d’extranéité (exemple : un mariage dont les des deux sont de nationalité différente et  habitent dans encore un autre pays; une société vend un bien à une entreprise étrangère) il faut se demander quel droit est applicable. (En cas de divorce p.ex., dans le droit international privé luxembourgeois, le tribunal du dernier domicile commun est responsable pour voir quel droit sera appliqué, et en général c’est celui de la nation à laquelle appartient le demandeur de procès.)      En droit international privé existent 4 problèmes :            1) le problème de la nationalité            2) les conditions des étrangers            3) les conflits de loi            4) les conflits des juridictions 4)    Le critère de l’objet : Le **droit public : „** Das öffentliche Recht“. La règle de droit public se rattache à la notion de l’Etat. Le droit public est l’ensemble de règles qui régissent l’organisation et le fonctionnement de l’Etat (relation Etat-Etat et relation Etat-particuliers) Le droit public a pour but l’utilité générale. Le **droit privé:** „Das Privat Recht“. La règle de droit privé régit les rapports entre particuliers. Le droit privé est l’ensemble des règles qui régissent les rapports entre particuliers (mariage, successions, protection des consommateurs, …). Le droit privé a pour but l’intérêt particulier des justiciables. La règle de droit national peut avoir 2 buts, 2 objets : l’objet de la valeur publique, de la chose publique et l’objet de al valeur privée. Toutes les règles juridiques peuvent entrer dans ce critère de division, le critère de l’objet. Le but de la règle de droit public est l’intérêt général et le but de la règle de droit privé est l’intérêt particulier.   Section 2 :  Droit public et droit privé **1) Les différentes branches du droit public** Le droit constitutionnelLe droit administratifLe droit des finances publiquesLe droit fiscalLe droit de la sécurité socialeLe droit pénal  1)    Le droit constitutionnel  **Définition** **:** Le droit constitutionnel est l’ensemble des règles régissant l’organisation fondamentale de l’Etat. L’organisation fondamentale de l’Etat : la structure de l’Etat (Luxembourg : monarchie parlementaire), le régime politique (Luxembourg : démocratie), les différents pouvoirs de l’Etat (pouvoir législatif, exécutif, judiciaire), les organes de l’Etat, les relations entre l’Etat et les différentes communautés (internationales, politiques, religieuses, sociales (ex. syndicats), …) et entre l’Etat et les particuliers (ex : procédure électorale).Les sources des règles du droit constitutionnel  se trouvent dans un élément important, la Constitution. Aperçu historique : **1789 :** Révolution française**1791 :** Le Duché de Luxembourg est conquis par les troupes françaises (département des forêts)**1815 :**Traité de Vienne. Le Royaume des Pays-Bas est réformé et le Luxembourg et la  Belgique deviennent des provinces hollandaises à partir de 1816 sous le roi Guillaume I**1830/1831 :**La Belgique devient indépendante et reçoit sa Constitution**1839 :**Indépendance nationale du Luxembourg. Il n’est plus une province hollandaise, mais le roi des Pays-Bas, Guillaume II est toujours Grand-Duc de Luxembourg. (Alliance personnelle)**1841 :**Première Constitution luxembourgeoise ; elle s’inspire de la Constitution belge**1848 :**Deuxième Constitution luxembourgeoise, année des révolutions libérales (2ième République en France, …); la Constitution est extrêmement libérale, le roi est toujours Guillaume II**1856 :**Troisième Constitution luxembourgeoise, Guillaume III voulait revenir à la monarchie absolue ; le roi a fait un coup d’Etat en abrogeant la Constitution de 1848 et a imposé celle de 1856. C’est lui qui a instauré le Conseil d’Etat (pour contrôler la Chambre des Députés, le Conseil d’Etat est un organe non-démocratique). Le Conseil d’Etat a donc des origines néerlandaises.**1867 :**est une époque tourmentée pour le Grand-Duché de Luxembourg, Guillaume III voulait vendre le Grand-Duché à Napoléon III, qui y est intéressé à cause de la forteresse. Or l’empereur de Russie a évité la vente et  le 2e traité de Londres a déclaré l’indépendance et la neutralité éternelle du Grand-Duché.**1868 :**Quatrième Constitution luxembourgeoise (Art. 1-121, 11 chapitres) (révisée une bonne 2o aines de fois, mais toujours en vigueur) (17/10/1868). L’Article 114 de la Constitution prévoit la procédure pour les révisions constitutionnelles : la Chambre des Députés déclare certains articles révisibles, elle est ensuite dissoute et il y a de nouvelles élections. La nouvelle Chambre des Députés doit voter la révision avec une majorité de 2/3 et une présence des ¾ des députés. A la page 7 de la Constitution sont énumérées toutes les modifications constitutionnelles depuis 1868, et surtout après 1993.1919 : 1ère révision de la Constitution. Après la Première Guerre Mondiale c’est une année de révolte au Luxembourg. Il y a une crise politique, sociale et il y avait la famine. De 1890 à 1901, Adolphe de la famille des Nassau-Weilburg était Grand-Duc de Luxembourg, de 1901 à 1912 c’était son fils Guillaume IV. Ce dernier n’ayant pas de successeur mâle, il faut modifier le pacte de famille des Nassau et de 1912 à 1919 c’est sa fille aînée qui est au trône, Marie-Adelaide. Or Marie-Adelaïde refuse de signer la loi concernant la laïcité de l’enseignement primaire, votée par le parlement. De plus, elle est pro-allemande. En 1919, à la suite d’un référendum, elle abdique en faveur de sa soeur cadette Charlotte, dont le règne va jusqu’en 1964. Lors de la révision on a introduit le suffrage universel, résolu la question de la souveraineté du Grand-Duc et on fait un référendum à 3 questions : celle de la république (réponse : non), celle d’un rattachement économique à la France/Indépendance (réponse : indépendance), et celle de l’abdication de Marie-Adelaïde (oui). De plus, l’école a été laïcisée en 1919.1948 : 2ième révision de la Constitution; après la Deuxième Guerre Mondiale, il y a introduction des libertés publiques et de certains droits de l’homme ; et le régime politique est la démocratie parlementaire.1956 : 3ième révision de la Constitution (Art.  49bis) problème des pouvoirs internationaux est réglé, en vue du traité de Rome en 1957. 1994 : Les Traités de Maastricht et d’Amsterdam ont introduit la citoyenneté européenne dans le traité de Rome. Au niveau communal, il y a changement dans la matière du droit de vote: électorat actif et passif introduit sous certaines conditions pour les étrangers résidents sur le territoire luxembourgeois, étrangers d’un pays de la communauté européenne (Art. 9 Const. Al. 3) Un deuxième texte très important en droit constitutionnel est la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (4.11.1950) appliquée par la loi luxembourgeoise le 29 août 1953. La convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales a subi 11 modifications depuis son existence. La particularité de cette convention est quelle a mis en place un tribunal à Strasbourg : La Cour internationale des Droits de l’homme qui peut juger des Etats lorsque ceux-ci violent cette convention. Autres dispositions du droit constitutionnel : loi du 08/02/1861 sur le Conseil d’Etat, loi du 07/03/1980 organisation judiciaire, Convention Européenne des Droits de l’Homme du 04/11/1950, approuvée le 29/08/1953 (Convention de Rome) par une loi, règlement intérieur de la Chambre des Députés : fonctionnement de la Chambre.(Si les droits de l’homme ont  été violés, on peut aller devant la Cour européenne des droits de l’homme à Strasbourg et assigner l ‘Etat : lors d’une condamnation, ce dernier est forcé de payer des indemnités et de changer la loi en question)  Il y a relation entre le droit constitutionnel et toutes les autres branches du droit. Le droit constitutionnel comprend des règles qui s’imposeront à toutes les règles juridiques. Le droit constitutionnel est hiérarchiquement au sommet.En 1966, la Constitution luxembourgeoise est révisée pour introduire un nouvel organe judiciaire (Art. 95ter), la Cour constitutionnelle, pour assurer la primauté de la Constitution sur tous les autres organes juridiques.      2)    Le droit administratif  **Définition :** C’est l’ensemble des règles qui concernent la gestion courante/journalière des affaires publiques par les différents services publics ainsi que les relations entre le citoyen et les services administratifs. Le contenu du droit administratif est très varié. Ex : les organes des communes, toute l’organisation du gouvernement avec les départements ministériels, l’aménagement du territoire, les établissements dangereux, l’expropriation pour cause d’utilité publique, la gestion du domaine de l’Etat, les relations entre les fonctionnaires de l’Etat et l’Etat. Le droit administratif est à l’étage inférieur du droit constitutionnel. Dans le droit administratif, il existe 2 concepts : Le concept de la décentralisation (Au Luxembourg, il n’y a qu’un seul niveau de décentralisation : le niveau des Communes) et le concept de déconcentration (Le pouvoir central garde le pouvoir, mais le confit à une autorité juridique qui émane de ce pouvoir central : ex. : création de hôpitaux) La source du droit administratif n’est pas un document comme la Constitution. Le droit administratif n’est pas codifié. Les 4 codes administratifs sont seulement des recueils de textes divergents. Une autre particularité du droit administratif est que l’Etat et les organes communaux sont amenés à prendre leurs décisions au jour le jour pour gérer l’intérêt public. Des centaines de décisions individuelles sont prises, les actes administratifs.La compétence du tribunal administratif (1re instance) et de la cour administrative (appel) est de connaître des recours en annulation et en réformation des actes administratifs. La juridiction de l’ordre administratif a seulement été  créée récemment. Auparavant, le Conseil d’Etat exerçait la juridiction administrative. Le Conseil d’Etat a perdu son pouvoir à cause de l’affaire PROCOLA : le quota laitier avait été introduit par un acte administratif. Les agriculteurs ont eu recours devant le Conseil d’Etat et celui-ci a rejeté le recours. Alors PROCOLA s’est adressé à la cour européenne des droits de l’homme avec l’argument de l’article 6 de la CEDH, à savoir  que le Conseil d’Etat n’est pas un tribunal indépendant vu que c’est lui qui a donné son avis au Grand-Duc, quand il y a eu le règlement grand-ducal sur cette question. De plus, le CE n’a pas  respecté le double degré de juridiction. La Cour Européenne des droits de l’homme a constaté que le Conseil d’Etat doit se retirer de tous ses pouvoirs administratifs. (Système de recours avec sanction autonome : on attaque une décision de l’Etat, pas l’Etat lui-même) Juridiction administrative : Art. 95bis de la Constitution. Les Tribunaux administratifs exercent le pouvoir exécutif mais ne font pas partie du pouvoir judiciaire. Le Conseil d’Etat a (Art. 83bis) conservé toute sa compétence de conseiller de Gouvernement. **Pourquoi est-ce qu’il y a une juridiction spéciale pour le droit administratif? (Question d’examen)** Il y a un ordre spéciale pour le droit administratif, parce que le Luxembourg a pris les idées de Montesquieu comme référence et celui disait qu’il fallait la séparation du pouvoir. C’est pourquoi on a créé un ordre spécial.   3) Les Finances publiques   **Définition :** Les finances publiques sont un ensemble de règles qui régissent les recettes et les dépenses de l’Etat. Le droit des finances publiques est aussi appelé le droit budgétaire. Il s’agit d’une sous-catégorie autonome du droit public.Quelles sont les règles du droit des finances ? L’Etat doit s’assurer des recettes et des dépenses. Il ne peut pas encaisser et dépenser ce qu’il veut. Les recettes publiques et les dépenses publiques (80% des dépenses sont occasionnés par le traitement des fonctionnaires et par la santé publique) sont et doivent être considérées sur 3 ans.Les prévisions budgétaires doivent être inscrites dans le budget qui prend la forme d’une loi (et qui est voté comme une loi). L’Etat doit respecter le budget. Au Luxembourg, on parle de la loi budgétaire et, en France, du droit des finances publiques.Chapitre 8 de la Constitution, Art. 99-106 : les règles de droit fiscal et de finances publiques sont une hiérarchie comme le droit constitutionnel et le droit administratif.Art. 104 Const.: Les finances publiques couvrent deux documents importants: le budget prévisionnel (loi sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l’Etat) et les comptes de l’Etat (loi sur la comptabilité de l’Etat) a posteriori. Exemple : en 2004, un  projet budgétaire est élaboré par le Gouvernement. La loi, donc le budget pour 2005, sont votés. Cette loi contient une prévision des recettes et des dépenses. En 2005, le budget avec ses dépenses et ses recettes est appliqué ; puis en 2006 sont votés les comptes annuels de l’Etat de 2005 (selon l’Art. 104 de la Constitution), qui vérifient si les dépenses et recettes ont été telles que prévues, si la loi budgétaire a été respectée. Il y a contrôle du respect du budget de l’année dernière par une loi de la Constitution.Les recettes de l’Etat proviennent essentiellement des impôts qui sont relevés selon les règles du droit fiscal. Voici le lien entre le droit des finances et le droit fiscal.  La loi budgétaire, le projet de loi est déposé et élaboré par le Gouvernement. Ce sont les propositions des départements ministériels contrôlées par l’Inspection générale des finances (IGF). Les discussions sur certaines dépenses est un litige résolu devant la Cour des Comptes (Chambre des Comptes, membres : fonctionnaires nommés par la Chambre des Députés ou par le Grand-Duc sur proposition de la Chambre des Députés), art. 105 de la Constitution, loi du 08/06/1999.La Courdes Comptes contrôle a priori les dépenses qui entreront dans le budget. Art. 106 Constitution : les traitements et les pensions des prêtres et des ministres des cultes sont payés par l’Etat et réglés par la loi. Les principes fondamentaux qui régissent le droit fiscal et le droit des finances publiques sont prévus dans les articles 99-102 de la Constitution : Principe de la légalité de l’impôt : seul le pouvoir législatif peut prélever l’impôt. Aucun impôt ne peut être prélevé par l’Etat s’il n’est pas prévu par la loi. Le Conseil communal doit décider les impôts. (art.99Cst.)L’annalité de l’impôt. Un impôt n’est valable que pendant un an, après il doit de nouveau être voté. (art.100Cst.). La loi doit être votée avant le 31.12., sinon l’Etat est paralysé, car il ne reçoit pas de recettes.Le principe de l’égalité de tous devant l’impôt. (art.101)Le principe de l’exclusivité de l’impôt. L’Etat ne peut pas prélever des sommes de ses citoyens à un autre titre. (art.102) L’art. 107 prévoit une certaine autonomie communale dans la gestion financière. (budget et impôts communaux). Il existe encore deux lois importantes dans le droit des finances : toutes les deux, elles ont été votées le 8 juin 1999. L’une comporte sur la comptabilité de l’Etat et l’autre sur l’organisation de la Cour des Comptes.  4) Le droit fiscal  **Définition :** Le droit fiscal est un ensemble de règles régissant les prélèvements à charge du citoyen en faveur de l’Etat et des collectivités locales (au Luxembourg : communes). La fiscalité : la raison d’être de ces prélèvements (du droit fiscal) :Pour financer les tâches de l’Etat : les services que l’Etat doit rendre à l’ensemble des citoyens, le financement des dépenses de l’Etat.Redistribution des revenus (idée socialiste, prendre aux riches, redistribuer aux pauvres moyen social), sécurité sociale (caisse des maladies, une partie de la santé publique,…), enseignement, transports (réseau ferroviaire),…à partir de la fin des années 40, début des années 5o : c’est un moyen d’action sur l’économie nationale.Donc les dépenses de l’Etat ont augmentées et avec elles les impôts. De plus, s’il y a hausse de l’activité économique, les impôts augmentent aussi et inversement. Les finances publiques  Le contenu du droit fiscal : La division en impôts de l’Etat et impôts locaux n’est pas la division fondamentale. Le droit fiscal luxembourgeois s’inspire du droit fiscal allemand. La division fondamentale se fait en impôts directs et indirects. Les impôts directs visent une situation permanente, les impôts indirects frappent un acte isolé de l’assujeté (Steuerpflichtiger) (chaque fois qu’on répète l’acte, il faut de nouveau payer). L’assujeté peut échapper à l’impôt direct mais non pas à l’impôt indirect.a)    l’impôt direct est l’impôt sur le revenu de personnes physiques ou morales (Einkommensteuer), l’impôt sur la fortune (Vermögenssteuer), la taxe sur les véhicules automoteurs…b)    l’impôt indirect est la TVA (payé sur un acte isolé qu’on fait, qu’on est libre de faire ou de ne pas faire (quand on achète ou loue quelque chose, prestations de service), l’impôt successoral, les droits de donation, les droits d’enrégistrement.Le droit fiscal n’applique pas les grands principes de la théorie générale, ainsi il demande aux prostituées p.ex. de faire une déclaration fiscale, alors que la prostitution est défendue. Le mécanisme de la progression fiscale est tel : plus on gagne, plus on paye des impôts sur son revenu. Cela se fait par tranches : Ex. : qqn. gagne 1000€. Alors il doit payer sur les 1ers 50€  10%d’impôts=5€, sur les  50-100€ 20%=10€ et sur les 100-1000€ 30%=270 €. Au Lux., le taux max. d’impôts est de 38%. Le contenu du droit fiscal est :-l’assiette fiscale(situation qui rend le payement d’1 impôt obligatoire(ex. achat d’1 voiture)-les taux-certaines contributions obligatoires. Une fois par an il faut faire une déclaration fiscale(existence d’un mécanisme anti-fraude : sanctions(prison,…). Les règles du chapitre 8 concernent le droit fiscal. Les sources de la fiscalité: -La loi du 04/12/1967 est celle sur l’impôt direct. L’origine de cette loi : c’est une traduction française d’une loi allemande de 1930 (Einkommenssteuer). En 1940, le Luxembourg est envahi par les troupes allemandes, considérant le Luxembourg comme faisant partie du territoire allemand. Les conséquences sont les suivantes :1)    le Luxembourg est considéré comme allemand, c’est pourquoi les jeunes luxembourgeois ont été enrôlés de force2)    l’introduction de la législation allemande se faisait en bloc. Parmi cette législation figurait le droit fiscal. En 1944, les Américains sont venus,               et en septembre1944 le gouvernement luxembourgeois est rentré de l’exile. La législation d’avant 1940 a été réintroduite. Seulement le droit fiscal allemand a été gardé par le Gouvernement, parce qu’il était très bien fait. Le droit allemand est retenu, la traduction en française se faisait le 04 décembre 1967. Les impôts indirects: Le système de la TVA provient de directives européennes. Les droits d’enregistrement sont d’origine française.  5)    Droit de la Sécurité Sociale   **Définition :**Le droit de la sécurité sociale est l’ensemble des règles régissant l’affiliation obligatoire des citoyens aux organismes de la sécurité sociale. Ce droit peut aussi être appelé droit des assurances sociales. Le financement des dépenses publiques est nécessaire au fonctionnement de l’Etat, parce que l’Etat doit soutenir les citoyens qui sont dans le besoin, et qui ne peuvent pas subvenir à leurs propres besoins (qui sont malades, qui sont trop jeunes, trop vieux, qui ont subi un accident, qui ont perdu leur emploi chômeurs). La probabilité qu’un citoyen est dans le besoin peut se calculer. C’est pourquoi en parlant de droit de la sécurité sociale on utilise aussi le mot droit des assurances. Ceci s’est imposé de telle manière, parce que la sécurité sociale est organisée par une loi suivant la technique de l’assurance sociale. Cette technique est un contrat par le droit commercial.  L’assurance est donc ce contrat par lequel un organisme (l’assureur) s’engage à payer une indemnité en faveur de l’assuré dans le cas de sinistre (= événement a lieu). L’assurance est un contrat aléatoire pour le futur, mais incertain. L’assureur prend le risque de l’événement, l’assuré paye une prime mais il n’a plus de risque financier. Le calcul de l’assureur repose sur le principe de la probabilité, c’est la théorie des risques. Dans le cas du droit de la sécurité sociale, c’est l’Etat qui prend le risque. La sécurité sociale fonctionne comme des assurances. La seule différence entre assurance et sécurité sociale est que l’affiliation aux organismes de la sécurité sociale est obligatoire. Chacun paie chaque mois une certaine somme d’argent à l’Etat pour garantir cette sécurité. Il s’agit d’une cotisation obligatoire. Une assurance n’est pas obligatoire. Les lois de la sécurité sociale sont codifiées dans le Code des Assurances sociales (CAS). Les tribunaux spéciaux : le Tribunal de l’ordre judiciaire (1ère instance) est le Conseil arbitral des assurances sociales (CAAS), la 2ième instance est le Conseil supérieur de la sécurité sociale (CSSS). Un recours est possible à la Cour de cassation (CASS).L’article 11 de la Constitution, al.5, concerne l’organisation de la sécurité sociale : chaque homme a droit à la sécurité sociale. *Petit historique :**1924 : la crise économique entraîne l’introduction  du droit de la sécurité sociale, les revendications des salariés étant très fortes alors**Début ’50 : modifications considérables. Dès le début, la sécurité sociale comprenait l’assurance vieillesse/maladie/accident. S’y est ajouté :**1976 : des allocations familiales (enfants,…) fournies par la Caisse nationale des prestations familiales, et un revenu minimum garanti (=RMG), contre le risque de pauvreté. Le RMG est donné à tous ceux qui n’ont pas de travail, ne sont pas aptes à payer les primes pour la sécurité sociale et ne bénéficient pas d’allocations de pension…Or il faut avoir un domicile fixe, ce qui explique l’existence de chômeurs (aussi immigrés illégaux). Au Lux., le RMG est de 1000€ par mois (80%du salaire minimum garanti)*  6)    Le droit pénal   **Définition :** Le droit pénal est un ensemble de règles qui ont pour but la répression au moyen de peines des atteintes à l’ordre social.  Le droit pénal a comme but un but répressif. Les sanctions sont des peines, donc une véritable punition. La société humaine a établie un certain ordre social et si quelques citoyens portent atteinte à cet ordre social, ils peuvent et doivent être punis. Sans ordre social la vie en commun serait impossible.Mais quel est cet ordre social? Le Code pénal ne prévoit pas positivement des règles qu’on doit suivre, mais prévoit négativement des sanctions pénales. Il interdit des choses aux personnes et ne leur donne pas de règles à suivre. Le Code pénal est donc un catalogue d’infractions et non pas de règles.Le droit pénal comporte 3 éléments : l’infraction, le délinquant et la peine. a) L’infraction :  L’infraction se définit par une violation de la loi pénale, par une atteinte à l’ordre social. (Exemple d’infractions : excès de vitesse, injure, meurtre,…). Il existe  différentes catégories d’infractions, car il y a des infractions qui sont plus graves que d’autres: crimes, délits et contraventions. Le critère de distinction est le critère de gravité. La loi pénale définit ces 3 infractions dans l’article 1 du Code pénal.                    Toute infraction entraîne probablement deux sortes de peines : la peine privative de liberté et la peine pécuniaire.  Quand est-ce qu’une infraction existe-t-elle ? Pour qu’il y ait infraction, il faut que deux éléments soient réunis: l’élément matériel et l’élément moral. L’élément matériel est le fait de violer la loi pénale, l’existence de l’infraction. C’est un élément nécessaire, mais pas suffisant.L’élément moral est le fait de l’état d’esprit dans lequel l’élément matériel est commis. L’intention (mauvaise) est importante : ex. homicide involontaire/ meurtre (homicide volontaire)/assassinat (préméditation). Il faut que l’acte a été commis frauduleusement. Aucune infraction n’est commise si les 2 éléments ne sont pas donnés. La charge de la preuve incombe intégralement à la partie poursuivante (ministère public=parquet) présomption d’innocence. Les témoins peuvent témoigner l’élément matériel, mais l’élément moral ne peut être établi. L’élément moral ne peut pas être prouvé, mais le juge a le pouvoir de juger suivant son intime conviction. Or il y a deux limites au pouvoir du juge: In dubio pro reo : le doute profite toujours à l’accusé. Dès qu’il existe un doute, le juge doit acquitter le procès.La présomption d’innocence : Le prévenu est supposé innocent aussi longtemps qu’il n’y a pas de preuves contre lui. b) Le délinquant: Le délinquant est celui qui a commis l’infraction. Il doit toujours être une personne physique et non pas une personne morale (entreprise), car une personne morale ne peut pas faire une infraction. La personne du délinquant est importante à l’existence ou non d’une infraction. Il se peut que un même geste d’un même délinquant soit une fois une infraction et une fois pas. Par exemple si une personne enlève quelque chose dans un ménage, il n’y a pas d’infraction, parce que le vol n’existe pas dans le mariage. Le même geste en dehors d’un mariage serait un vol, donc une infraction. Un autre exemple est le cas de nécessité, la légitime défense. L’article 70 et 71 du CP: un délinquant récidiviste est puni plus sévèrement qu’un délinquant primaire,  certaines personnes jouissent d’une immunité : police/armée (car infraction justifiée par autorité publique), personnes à troubles mentaux. L’art. 71-2 prévoit le cas de la légitime défense (force/contrainte à laquelle la personne n’a pu résister).La participation à une infraction est aussi punie : on distingue corréité (co-auteur) et complicité (complice). P.ex. : A, B, C et D commettent un hold-up : D fournit l’arme, C est conducteur, B entre dans la banque avec A et A abat le caissier.  A: meurtre, B: co-auteur: meurtre, C: co-auteur (car indispensable pour le fonctionnement du crime): meurtre, D: complice (peine immédiatement inférieure au meurtre).  c)    La peine : La peine est la sanction en matière pénale. Les peines varient selon la catégorie d’infractions. La peine a trois buts : Un but répressifUn but dissuasif : on essaie d’effrayer les gens par des peines très élevées.Un but éducatif : la peine devrait faciliter la réinsertion dans la vie social Il existe deux modes de classification des peines :La division des peines en 3 catégories : les peines principales (que le juge doit condamner), les peines accessoires (que le juge peut prononcer), les peines subsidiaires (qui se substitue à une autre).o   Les peines principales sont la peine de mort (abrogée en droit luxembourgeois en 1984, requise par le parquet jusqu’aux années 70, la dernière exécution non liée à l’occupation eut lieu à la fin dans années ’40, les condamnations furent encore fréquentes dans les années ’50 mais les coupables étaient toujours graciés par la Grand-Duc), le travail forcé, à vie (perpétuel) ou à temps, non rémunéré (le travail dans les carrières jusqu’en 1950, les Tuutepecherten (Tuutesall); mais cette peine n’est plus utilisé, car contraire aux droits des hommes)), les peines privatives de liberté et les amendeso   Les peines accessoires ne peuvent être prononcées qu’ensemble avec une peine principale : Exemples : la confiscation qui est une expropriation au profit de l’Etat dans le but d’exproprier l’objet qui a servi de commettre l’infraction ou qui est le résultat de l’infraction. (p.ex. : un revolver, un couteau, une voiture, les drogues (résultat), la fausse monnaie) ; l’interdiction des droits civiles et politiques (affaire Jupé) ; fermetures d’établissementso   Les peines subsidiaires remplacent une autre peine, une peine principale qui ne peut être exécutée. Exemple : une contrainte par corps, l’emprisonnement, peut être remplacée par une peine de substitution, une peine pécuniaire. L’emprisonnement peut être remplacé dans certains cas, mais seulement s’il est de courte durée.La classification des peines par nature : peine criminelle, peine correctionnelle et la peine de police (voir aussi schéma d’auparavant).  Le droit pénal peut aussi être divisé en deux grandes parties :Le droit pénal commun : Il s’applique à tous les citoyens. Il érige certains comportements en infractions. Les règles inscrites dans le droit pénal datent encore de Napoléon, mais le Code Pénal a été réformé/modifié le 16/06/1879, calqué presque littéralement sur le Code Pénal Belge.Le droit pénal spécial : C’est un ensemble de dispositions rattachées en guise de sanctions à des lois qui ont pour but un autre que la sanction. Loi sur sociétés commerciales (LSC) p.ex. : Infraction pénale mais non écrite dans CP. Le droit pénal spécial est spécialement adopté à une catégorie particulière de la population : le droit pénal militaire (Ex. trahison, désertion, …) et le droit pénal disciplinaire (fonctionnaires de l’Etat et des Communes),…Il existent pour cela des tribunaux spéciaux (ex. : tribunaux militaires (Conseil de guerre, Cour militaire pour appel);  tribunaux pénaux internationaux (jugent infractions commises à l’extérieur du tribunal du territoire national, ex. loi de 1999 sur TPI) Les caractères fondamentaux du droit pénal : Le **caractère sanctionnateur** du droit pénal : toutes les règles juridiques sont sanctionnées en cas d’infraction, mais la sanction dans le droit pénale est toujours la peine. Il a pour objet de réprimer, de punir par des sanctions, qui sont toujours des peines. Dans certains cas, il se peut que la violation d’une règle pénale soit en même temps une violation d’une autre règle juridique. Alors la sanction de l’infraction de la règle pénale reste toujours la peine, mais qu’à  cette sanction s’ajoute la sanction de l’infraction de l’autre règle juridique. Le plus souvent cette autre règle juridique en relation avec la règle pénale est la règle civile. Une infraction d’une règle civile a presque toujours comme suite une réparation des dommages et intérêts. Le caractère **d’ordre public** du droit pénal : le droit pénal  réprime les atteintes à l’ordre public. Les conséquences sont qu’on ne peut pas déroger par des conventions particulières à des règles du droit pénal, Art. 6, 1131 et 1133 du Code Civil. Ex. : euthanasie active (reste un meurtre même avec l’accord de la victime). Il existe quelques exceptions qui sont plus apparentes que réels, mais quand même : Pour certaines infractions, une procédure ne peut être mise en oeuvre que sur la plainte expresse de la victime (adultère, concubinage, calomnie (fait d’imputer un fait à quelqu’un qui ne correspond pas à la vérité), injure (fait de traiter une personne de mots injurieux sans que celle-ci n’ait commise une faute : déshonorant), diffamation, …). Une autre exception est qu’une poursuite pourrait être engagée, mais si le délinquant accepte de payer une certaine  somme d’argent, elle n’est pas engagée. C’est une transaction pénale (Art. 2044 et suivants du CC) faite pour éviter un procès pénal. Une transaction est un contrat fait de deux partis qui font une convention pour éviter un litige à naître ou pour terminer un litige en cours. C’est un arrangement extrajudiciaire (Exemple : un avertissement taxé, en cas de violation du Code de la route ou en matière de douane). En principe aucune poursuite pénale n’a lieu. Le parquet peut poursuivre, mais n’est pas obligé. Le **caractère légaliste et écrit** du droit pénal : Une infraction ne peut exister qu’en vertu d’une loi. Il faut qu’il existe un acte juridique émanant de la Chambre des Députés pour qu’il y ait une infraction d’une loi et suite à ceci une peine. En plus la source du droit pénal ne peut être que le droit écrit. La coutume et la jurisprudence ne peuvent jamais ériger en une infraction ou en une décision de peine. Deux adages : « Nullum crimen sine lege » (« pas d’infraction sans loi »), « nulla poena sine lege » (« pas de peine sans loi »). Ces deux adages sont mentionnés dans l’article 14 de la Constitution, dans l’article 2 du Code Pénal et dans l’article 7 de la Convention Européenne des droits de l’homme. Le **caractère exceptionnel** du droit pénal : Le droit pénal est exceptionnel, parce qu’il vise des situations qui devraient être exceptionnelles par rapport à la norme. La norme est  celle de l’homme fondamentalement bon, le mauvais constitue l’exception. Conséquence : la question du doute qui profite à l’accusé à la fin de la procédure : in dubio pro reo. En cas du moindre doute de la culpabilité d’un accusé, il y a acquittation. La présomption d’innocence est une autre conséquence de ce caractère. Au début du procès, le juge doit partir de cette hypothèse. Les art. 6/7/12 prévoient un procès équitable, « due process of law », « fair-play ». Le principe de l’interprétation restrictive des règles pénales est une dernière conséquence de ce caractère. ‘interprétation par analogie est défendu.   Est-ce que ces règles de droit public ont quelque chose en commun? Oui, il existe 4 caractères communs à ces règles :Toutes les branches sont intimement liées à l’Etat et à la politique. Les règles juridiques qui s’y trouvent sont, dans leur genèse et dans leur réalisation (=efficacité), intimement liées à l’Etat.Dans toutes les règles juridiques du droit public l’intérêt général de toute la société est prééminent, contrairement aux droits subjectifs et égoïstes du droit privé. Le tribunal administratif contrôle si la loi a été faite uniquement dans l’intérêt public et non dans l’intérêt personnel/particulier (abus/détournement de pouvoir) :art.50Cst.Toutes les branches du droit public ont une conception de services publics (Ex. : la sécurité sociale, le droit pénal, …). Ils entraînent la sécurité et la protection des membres de la société par l’Etat.Tout le droit public est un droit impératif, d’ordre public (« jus cogens », « Zwingendes Recht »). Art.6 Code Civil      **2) Les différentes branches du droit privé**   1)    Le droit civil (voir aussi cours de M. Goedert) **Définition :** Le droit civil est un ensemble de règles qui régissent les relations privées, entre particuliers.  Le droit civil règle la vie privée des individus dans le quotidien (naissance, minorité, majorité, mariage,…). C’est la branche la plus importante du droit, l’origine du mot n’est pas celle du jus civile. Le jus civile est le droit des citoyens romains! Il a trait à la vie de l’homme déjà avant sa naissance et jusqu’après sa mort. Il règle la vie entière des romains.  La source du droit civil tel que nous le connaissons de nos jours, se trouve dans le Code Civil de Napoléon de 1804. Il est en vigueur au Luxembourg, parce que le Luxembourg à cette époque était la province du Luxembourg qui elle était sous le régime français. L’article 120 de la constitution luxembourgeoise a prévue la théorie de la succession d’Etat, mais le Luxembourg n’a pas encore jusqu’à présent fait usage de cet article et a gardé ainsi le Code Civil français comme base. Le Code Civil n’a jamais été abrogé, et c’est pourquoi il reste toujours en vigueur. Le plus grand et important ouvrage du droit civil est le Code Civil de 1804, qui est divisé en une partie préliminaire et en trois grands livres. Le préliminaire, qui comporte les articles 1 à 6-1 contient les règles qui concernent toutes les branches du droit, y compris celles du droit public. Ce ne sont pas des règles que pour le droit civil.Le livre 1er comprenant les articles 7 à 515, s’occupe du statut de la personne, des sujets/titulaires de droit, des êtres humains: des personnes (identification, nationalité, mariage, divorce, filiation, adoption d’enfants, majeurs sous tutelle, majeurs sous sauvegarde de la justice). Le livre 2, articles 516 à 710, s’occupe du statut des biens (bien=chose qui existe et qui est susceptible d’appropriation), des objets de droit: des biens (biens meubles et immeubles, propriété, démembrement du droit de propriété). Le livre 3, articles 711 à 2281, s’occupe des différents modes d’acquisition des droits de propriété, des relations entre les personnes et les biens. Ce livre fait le lien entre les deux livres auparavant, parce qu’il lie le livre 1 et le livre 2. Il s’agit des différents modes par lesquels une personne peut être propriétaire d’une chose. Dans ce livre il existe une distinction entre le mode d’acquisition à titre gratuit (se fait lorsque celui qui acquiert une chose ne doit rien donner en contre partie; p.ex.: succession, donation) et le mode d’acquisition à titre honoreux (on doit donner une contre partie pour l‘objet acquit; p.ex. : contrat). En plus il existe la distinction entre le mode originaire d’acquisition (mode d’acquisition d’une chose qui appartient à quelqu’un d’autre) et le mode dérivé d’acquisition (« invention » qu’on doit prendre ici dans le sens qui lui est donné en latin et qui est trouver).La grande majorité des d’acquisitions sont les modes dérivés d’acquisition (p.ex. : le contrat).   Pas tout le droit civil ne se trouve cependant dans le Code civil. Des autres sources sont les lois modificatives et les lois supplétives au Code civil. Le Code civil a été modifié plus ou moins une trentaine de fois. Une dernière source peuvent être les lois spéciales qui elles ne se trouvent pas dans le Code civil, mais dans des lois spécifiques.  Il existe quatre caractères du droit civil:Le caractère individualiste : Il est fait pour le particulier, pour la personne physique et non pas pour la personne morale. Il accorde des droits subjectifs à l’individu dans son propre, son seul intérêt (voir article 544 CC).Le caractère libéral: Le droit civil est bâti sur le principe de l’autonomie de la volonté privée, sur la liberté contractuelle. Il est une conséquence directe des slogans liberté et égalité de la révolution française. L’article 1134 du CC dit que l’homme libre, sur pied d’égalité avec l’autre partie, peut faire des contrats qui sont tels que les deux contractaires doivent les observer comme si c’était une loi. Ceci ne compte que pour les conventions légalement formées, celles qui ne vont pas à l’encontre de l’ordre public et des bonnes moeurs. Les deux parties choisissent le contrat et le contenu qu’ils désirent.Le caractère démodé : le droit civil tel qu’il a été conçu en 1804 n’a pas subi de nombreux changements. Pendant les 150 premières années de son existence, il n’y eu aucune grande modification et seulement vers 1970 elles apparaissent tout lentement. Les modifications avaient surtout eu lieu dans le premier livre. Presque aucunes ont été faites dans le 2e et le 3e livre. Les plus grandes sont :o   La majorité civile a été abaissée de 21 à 18 ans.o   La capacité de la femme mariée o   L’amélioration sensible de l’enfant naturel par rapport à l’enfant légitimeo   La réforme du divorce o   L’introduction du statut pacs Le caractère général: Il y a communication entre les différentes branches de droit privé, contrairement au droit public. Le droit civil  régit tout le droit privé, à moins que des règles spéciales soient prévues par le droit commercial ou le droit de travail, c’est le droit commun à toutes les branches. Or il est un peu démodé, la société a évoluée beaucoup plus vite que le Code civil, qui ne reflète plus exactement la situation actuelle. 2) Le droit commercial **Définition :** Le droit commercial est un ensemble de règles particulières qui régissent les relations entre commerçants.  Un commerçant est (Article 1er  du Code commercial) celui qui exerce des actes de commerce.  Le commerçant est toute personne qui exerce habituellement et professionnellement des actes de commerce par nature (il faut pouvoir financer une partie de sa vie avec l’argent gagné). L’acte de commerce (Art.2 C Commercial) comprend  tout ce qui concerne l’achat de marchandises (toute activité d’acheter pour revendre, pour louer, pour manufacturer et vendre ensuite), tout ce qui concerne les transports (par terre, par avion ou par eau) et tout ce qui concerne les prestations de service auxiliaire (toute activité de banque, assurance, intermédiation et distribution). Devenu commerçant, on a  l’obligation de s’inscrire dans le registre de commerce et société (RCS), on est soumis au droit commercial, et on a l‘obligation de tenir des livres de commerce.  La source principale des règles du droit commercial est le Code de Commerce de Napoléon de 1807. Ce code existe encore de nos jours, mais il y a une grande partie qui a été abrogée et une autre partie qui a été entièrement modifiée à la fin du 19e siècle. Le Code commercial est divisé en quatre livres et en 648 articles.Le livre 1er parle du commerce en général, le 2e livre du commerce maritime, le 3e livre des faillites et des banqueroutes et le 4e livre des juridictions commerciales.Les règles sur les sociétés commerciales ont été abrogées du Code commercial et réunies dans une loi spéciale du 10 août 1915 (« LCS »). De plus le troisième livre sur le commerce des faillites et des banqueroutes a été remplacé par un autre livre en 1879. Ces modifications ont toutes été inspirées par le droit belge, contrairement aux modifications du code civil qui ont été inspirées par le droit français.La source législative du droit commercial est donc le Code commercial, mais il faut dire qu’il n’est pas aussi général que le code civil. C’est pourquoi il y a de nombreuses lois spéciales en droit commercial. Quelques exemples :Loi du 10 août 1915 : Loi sur les sociétés commercialesLoi  du 05.04.1993 : Loi bancaireLoi du 06.12.1991 : Loi des assurancesLoi sur les effets de commerce (= chèques, lettres d’échange, billets à ordre)  Historique : Le droit commercial ne provient pas, ne s’inspire pas du droit romain. Le droit commercial était inconnu aux Romains, ils n’utilisaient que le Code civil pour régler les questions de commerce. A la fin du Moyen-Age, au 15e siècle, dans les villes commerciales de l’Italie du Nord (Venise, Milan), et dans les villes portugaises (transport maritime), il y a la naissance du droit maritime. Ensuite comme les entreprises devinrent de plus en plus importantes, il fallait de nouvelles règles, plus souples et simples, car certaines opérations étaient trop spécifiques pour être régies par le Code civil (p.ex. : changement de devises). Le droit commercial s’est développé en Italie, puis en Hollande et en Angleterre. Le métier de banquier est aussi né à cette époque. Le contenu du droit commercial :* L’administration d’établissements : Le droit commercial ne régit pas les relations d’administration d’établissements publiques, mais les relations particulières entre commerçants. Ce sont surtout des relations contractuelles qui doivent être prouvées. Exemples :

o   La matière de la preuve : La preuve en droit civil est strictement limitée. Il n’y existe que l’écrit, le témoignage, l’aveu et le serment comme preuve. En droit commercial cependant, la preuve est libre. On a le choix de la preuve à utiliser et chaque preuve est acceptée (Exemples d’autre preuve : la facture acceptée ou le livre de commerce)o   Les règles concernant la faillite : la faillite est l’état d’un commerce qui a cessé de payer ses dettes et dont les crédits sont ébranlés. Dans ce cas, les créanciers se jettent sur les propriétaires. Le premier qui est présent, reçoit un remboursement complet, le deuxième aussi et ainsi de suite jusqu’à ce qu’il n’y a plus d’argent. Les autres ne reçoivent donc plus de remboursement.      Les caractéristiques du droit commercial: * Le caractère incomplet : le droit commercial est incomplet, car il ne régit pas l’ensemble des relations commerciales, les règles qui manquent sont régies par le CC.
* Le caractère exceptionnel : Le droit commercial est exceptionnel, car il ne régit pas tous les citoyens, mais seulement certains, une partie minoritaire des citoyens.

 Il y a un tribunal spécial pour les procédures de commerce, pour les litiges entre les commerçants. Le tribunal de commerce a des délais plus rapides. Le droit commercial a son tribunal et ces procédures propres.  **3) Le droit du travail** **Définition :** Le droit du travail est un ensemble de règles qui régissent les relations entre les employeurs et les salariés du secteur privé de l’économie.  Le secteur privé n’est pas du tout  égal au  secteur public bien que dans ce dernier il y ait aussi des employeurs (l’Etat, les communes ou les  établissements publics)  et des salariés (les fonctionnaires). Le secteur public, les relations des fonctionnaires d’Etat et de la commune, est réglé par le droit administratif. Les relations entre salariés et employeurs de l’économie privée sont régies  par le droit de travail, par un contrat de travail.  Le Code civil prévoit dans son article 1779 al. 1er la notion de contrat de louage d’industrie, c.à.d du contrat de travail. En 1804, il n’existait pas encore de droit de travail, parce qu’il existait la loi de Chapelier. Même si les corporations étaient abolies, le contrat de travail a été vu comme un contrat civil et traité ainsi. Seulement avec le développement du capitalisme sauvage l’Etat est intervenu pour protéger le salariat contre certains excès du capitalisme. Il y a eu fondation de syndicats (les syndicats étaient des associations illégales selon le code pénal : c’était un délit de coalition). Mais avec la formation de syndicats et avec le commencement de l’Etat a été légiférée la première loi de contrat de travail en 1919. Ce contrat de travail ne visait qu’une seule partie des salariés, les salariés privés (→ contrat d’emploi).En 1970 apparaît la première loi sur le contrat de travail pour les ouvriers. Le but était d’introduire des standards minima de protection : protection contre le licenciement, la limitation du travail hebdomadaire, le privilège en cas de faillite du patron etc. Le statut de protection des employés privés et des ouvriers était quand même largement différent.             La loi du 24 mai 1989 a largement fusionné le statut des employés privés et des ouvriers. Son deuxième effet est la garantie d’une protection assez complète des salariés. (Voir article 1 LCT). A partir de 1989 on peut donc parler du droit de travail comme une véritable sous-branche du droit privé. Le droit de travail prévoit des juridictions spéciales (article 84 Cst.) et des tribunaux spéciaux (justice de paix : 1ère instance ; cour d’appel : 2e instance). Sources du droit de travail :Loi de 1989 : la plus importanteCode de travail : Au Luxembourg il est en ce moment en élaboration. Il regroupera toutes les lois et tous les règlements sur cette matière.Constitution : Elle traite par exemple le droit au travail (article 11 al. 4 Cst). Particularités du droit de travail :* **Disposition protectrice du droit de travail :**

Selon l’article 3, les parties ne peuvent pas déroger des standards minima de salaire. On ne peut que donner plus que ce qui est fixé dans cet article. Le droit de travail n’est pas d’ordre publique, mais est impératif. Ses règles de protection sont impératives et ne peuvent être dérogées que s’il y eu des litiges (contraire au droit civil).* **Conventions collectives de travail :**

Il s’agit ici d’un instrument juridique qui n’existe qu’en droit de travail. Les conventions collectives de droit de travail sont des contrats conclus entre le patrimoine et les syndicats et qui ont pour objet de déterminer, soit pour une entreprise, soit pour un certain secteur, des conditions de travail fixes de tous ses travailleurs. La loi de 1965, complètement réformée par une loi en 2004, permet la conclusion de tels contrats. Ces conventions ont une particularité : les conditions doivent être repris dans les contrats individuels des salariés.    Caractères du droit de travail : **Caractère protecteur :**le droit de travail protège les intérêts des salariés devant le patrimoine. **Caractère exceptionnel :**le droit de travail régit une partie des relations entre salariés et patron. Il n’est pas complet. Les autres relations sont visées par le code Civil.    Le droit civil est le droit commun à tous les droits privés. Exceptées du droit public et du droit privé il existent encore d’autres branches de droit : Elles sont appelées les Procédures. Si on devait absolument les classer, alors il faudrait le faire sous les branches du droit privé. **Les procédures :** **Définition :** La procédure est la façon d’agir des autorités constituées pour protéger les citoyens, pour créer de la transparence dans l’Etat (lié intimement à la démocratie) et pour assurer la sécurité juridique.    Toute branche du droit a une juridiction spéciale, un champ d’application spéciale et  des tribunaux  spéciaux. Or la procédure n’est pas un droit matériel.  Elle n’appartient ni au droit privé, ni au droit public.Il y a des organes chargés par la Constitution d’exercer les pouvoirs: le pouvoir exécutif est exercé par le Grand-Duc, le gouvernement et l’administration publique, le pouvoir législatif par la Chambre des Députés, le pouvoir judiciaire par les Cours et Tribunaux de l’ordre judiciaire, par l’ordre administratif et par la Cour constitutionnelle. Pour chaque pouvoir, il y a un ou plusieurs organes qui l’exercent. Mais ces organes ne peuvent pas exercer ces pouvoirs comme bon leur semble. Ils sont soumis à certaines règles, certaines façons de procéder. Celles-ci sont appelées les procédures et elles sont importantes (la procédure est d’ordre public, sa violation entraîne la nullité de la décision) et formalistes (formes visibles de l’extérieur, transparence de l’activité des organes de l’Etat, pour que le citoyen peut vérifier: le justiciable/citoyen bénéficie ainsi d’une certaine protection). La procédure présente aussi une  sécurité juridique pour le citoyen: lorsque la liberté du citoyen est restreinte, l’Etat doit suivre des règles précises que le citoyen doit connaître.  On distingue entre procédures judiciaires et procédures administratives: **1) Les procédures judiciaires :** Les procédures judiciaires règlent le déroulement des actions judiciaires et s’imposent à tous les acteurs du pouvoir judiciaire (parties, partie poursuivante et défense, et juge). Le pouvoir judiciaire règle les litiges à l’exception de la matière publique (Cours et tribunaux de l’ordre administratif). La procédure judiciaire lie aussi le Parquet (Ministère public) et le justiciable. Cependant les procédures judiciaires peuvent être divisées en deux : les procédures civiles et les procédures pénales. **La procédure civile:**  Cette procédure recouvre le fonctionnement des cours et tribunaux de toutes les branches sauf de la branche pénale. Le Code de procédure civile de 1806 a été profondément modifié au Luxembourg en 1998. En Belgique, on n’a pas changé le code français mais on a écrit un tout nouveau code. La procédure civile de droit commun : La source applicable de cette procédure est la législation de 1998. Ce nouveau code de procédure se base sur le code de procédure civile de Napoléon de 1806. Les principes d’une telle procédure :o   L’initiative réside toujours dans le chef du justiciable demandeur. Rôle passif des cours et tribunaux.o   Principe du contradictoire : le juge doit toujours entendre les 2 parties pour que la deuxième partie a aussi la chance de se défendre. « audiatur et altera pars »o   Caractère public de la procédure : les débats dans de tels débats sont toujours ouverts au publique.o   Charge de la preuve : Celui qui prétend quelque chose doit le prouver. « actori incumbat probatio » (« la preuve incombe à l’auteur »). Chaque partie est invitée à présenter un avocat à son aide.   La différence capitale entre la procédure civile et pénale est que la procédure civile n’est introduite que par l’une des parties, par la partie qui veut quelque chose, le demandeur. Pour qu’il y ait une procédure judiciaire, il faut avoir un demandeur. L’initiative des parties est requise. Le juge a un rôle parfaitement neutre. **La procédure pénale:**  La procédure pénale est applicable devant les juridictions pénales. Elle est aussi appelée instance criminelle. Le code d’instruction criminelle de 1808 a été modifié par la Belgique et ensuite les Luxembourgeois ont suivi les modifications belges en 1870 et en 1988. En France, le code d’instruction criminelle s’appelle Code de la Procédure Pénale.La procédure pénale consiste de deux phases très nettes appelées phase de l’instruction et phase du jugement. **Phase de l’instruction :** Il s’agit de la phase de découverte de l’infraction, de la recherche des faits et de celui qui est coupable, qui a commis l’infraction.  Connaissance de l’infraction par la partie poursuivante : Il existe trois différentes voies de connaissance : o   la dénonciation : est faite soit par un tiers soit par un agent de la force publique soi par un fonctionnaire.o   la plainte de la victime o   la constatation de la partie poursuivante elle-même La partie poursuivante est normalement le Ministère Public (le Parquet), donc le procureur d’Etat et ses substitues.En droit luxembourgeois, aucun justiciable n’est obligé à dénoncer une infraction. Il a le choix. Seuls les fonctionnaires d’Etat doivent dénoncer pendant leur service publique, pendant leur temps de travail.La victime peut porter plainte (ceci est le plus souvent le cas lors de violes). Après la constatation de l’infraction, le procureur d’Etat peut décider de ne rien faire du tout en vertu de l’opportunité des poursuites ou de continuer son enquête. Dans ce dernier cas, le procureur peut ouvrir une enquête préliminaire dans laquelle il a le droit d’entendre des personnes comme témoins ou de demander des investigations un peu plus profondes. Or il n’a pas de pouvoir coercitif.Le procureur peut quand-même aussi décider d’ouvrir immédiatement une information judiciaire. Alors il doit charger le juge d’instruction de faire des investigations. L’enquête dans ce cas est exclusivement et uniquement attribuée au juge d’instruction. Le juge, lui, il a tous les pouvoirs que le parquet et le procureur n’ont pas. Il a exactement trois pouvoirs importants :o   le pouvoir de faire des perquisitions et des saisieso   le pouvoir d’amener : il peut contraindre une personne à venir pour des interrogations. Il peut délivrer ce mandat à toute personne soupçonnée.o   le pouvoir de mandat de dépôt : il peut mettre une personne en détention provisoire. En plus de ces trois pouvoirs, le juge d’instruction a accès à tous les documents et à tous les accusés. Cependant, il doit toujours rester neutre et doit s’instruire à charge et à décharge. Il doit chercher des preuves de culpabilité, mais aussi des preuves d’innocence.Lorsque le juge d’instruction a terminé son enquête, il fait un rapport écrit qui est adressé à une juridiction spéciale, la Chambre du conseil. Il s’agit d’une chambre du tribunal d’arrondissement à 3 juges qui eux ont de nouveau 3 options :o   l’enquête est complète et la chambre du conseil envoie l’enquête devant la juridiction de jugements.o   les preuves rassemblées sont minces et incomplètes, alors dans ce cas, la chambre rend une ordonnance à non lieu. Il ne s’agit pas d’u acquittement, mais il faut que le juge d’instruction révise les points suivants : soit les preuves sont incomplètes, soit l’enquête est trop vieille, soit l’ordre publique n’est pas assez troublé.o   l’enquête est mal faite et il alors il y a renvoi de l’enquête au procureur d’Etat. Appel est possible.  **La phase de jugement:** L’infraction étant commise et constatée, le présumé coupable est arrêté et renvoyé au tribunal pour être jugé. Le juge doit décider de la culpabilité de l’accusé et prononcer un  jugement.  Le prévenu, le suspect qui est renvoyé par la Chambre du Conseil devant le tribunal, jouit toujours de la présomption d’innocence.L’audience commence avec la lecture de l’acte d’accusation par le parquet, puis vient l’écoute des témoins de l’accusation/de la défense (charge/décharge) (audiencier=greffier d’audience), qui viennent à la barre. Ensuite l’accusé est entendu. L’interrogatoire est le moment le plus important de toute la procédure. Après l’interrogation vient la plaidoirie de la défense, ensuite la plaidoirie du parquet, ensuite la défense peut encore une fois reprendre la parole, et finalement, après le dernier mot de l’accusé, il y a le jugement (appel et cassation sont possible). Le juge doit tirer les conséquences juridiques des plaidoiries. De plus, la victime peut aussi intervenir (peut demander dommage et intérêts). Le procureur a la charge de la preuve, le défendeur peut choisir son attitude (plaider, rester muet, mentir=pas punissable).La durée d’un procès pénal est de 6 mois à …. En effet, dès qu’il y a une faille dans la procédure, il y a nullité, il y a renvoi devant les Cours et tribunaux judiciaires (art. 84 pour procédures civiles; art. 85 pour procédures pénales=droit public, sauf p.ex. tribunaux militaires,…). La loi du 7.3.1980 concerne l’organisation judiciaire (LOJ). Remarque:Le casier judiciaire. Inscriptions des condamnations pour  délits et crimes (pas pour contraventions) existe pour remarquer les récidives (une même infraction commise 2 ou 3 fois après avoir été condamné pour la 1ère fois: CP, art. 54-57). Une telle inscription est cause d’aggravation de la peine (délinquant primaire: conditions atténuantes), juge a l’obligation de dédoubler la peine.  Les différences majeures entre les procédures civiles et pénales sont :span style="font-family:arial,sans-serif;">Les phases : les procédures civiles n’ont qu’une seule phase quant aux procédures pénales ont deux.L’initiative de la procédure pénale : Lors d’une procédure pénale, il y a toujours un troisième partie qui est toujours le Parquet. Dans la procédure civile il n’existe que deux parties : le demandeur et le défendeurLa passivité du défendeur : En procédure civile, on doit se défendre sinon on est supposé coupable et alors on est accusé. En procédure pénale par contre la passivité ne joue pas un rôle de conviction de culpabilité.Le juge en matière pénale n’est pas lié à des preuves écrites et juge selon son intime conviction, ce qui est complètement différent à la procédure civile.**2)    Les procédures administratives :** Les cours et tribunaux administratifs ont des procédures spéciales fixées dans la loi du 21 juin 1999. Dans le procès fait de l’administré contre l’administration, le pouvoir administratif ne peut jamais être attaqué, mais seulement ses décisions ou ses actes. Devant le tribunal administratif, l’Etat, l’autorité administrative, est toujours défendu par un billet de commissaire de l’Etat qui va plaidoyer l’affaire au nom de l’autorité administrative qui n’est jamais présente. On distingue les procédures contentieuses (s’il y a litige en matière de droit administratif, de contendere=se bagarrer) et non-contentieuses (pas de litige). La plupart des affaires sont des procédures non-contentieuses. Exemples de procédures non-contentieuses :Procédure électorale : les élections européennes ou communales par exemple doivent être organisées minutieusement. Il faut établir des listes électorales et des candidats, puis il faut déterminer la date d’élection, nommer les membres des bureaux électoraux, déterminer la procédure de déclaration des résultats. Il s’agit donc d’une procédure pour régler le contentieux des élections.Vote d’une loi à la Chambre des Députés : Cette procédure est prévu par le règlement intérieur de la Chambre. Il n’y a pas de loi spécifique pour ce vote.Loi du 1. décembre 19798, suivie par le règlement grand-ducal du 8 juin 1979, détermine la procédure à suivre de l’Etat et des Communes dans leurs contrats directs avec les administrés. (Droit d’accès à son dossier, droit d’être entendu par les administrations etc.). Y compris dans ce règlement est la règle sur le silence : L’administration ne peut plus poursuivre une personne après le 3e mois de non-déclaration de l’infraction.Expropriation pour cause d’utilité publique Le citoyen peut faire l’objet de décisions administratives. Lorsqu’une telle décision est susceptible de léser les citoyens, ils peuvent l'attaquer et faire un recours (aller en appel) devant le tribunal administratif, soit un recours en annulation (décision annulée: renvoi du dossier devant l'administration concernée pour qu'elle prenne une nouvelle décision), soit un recours en réformation (décision substituée par la décision de la Cour). Le recours en annulation est le recours de droit commun (existe pour toutes les décisions prises), le recours en réformation n'existe que s'il est prévu expressément dans une loi (limité). Cette distinction existe à cause du danger d'une immixtion éventuelle des Cours et tribunaux administratifs, de l'administration, dans les affaires juridiques par la réformation d'une décision. Si la loi prévoit la réformation, il n'y a plus de problème, ils ne font que l'appliquer alors. Le délai de recours est de 2 mois, à partir du moment où la décision a été connue par le citoyen (publication au Mémorial B, notification au citoyen, moment où il l'a dû connaître). Or pour 9 décisions à prendre sur 10 le législateur ne prend pas de décision. Ainsi la loi de 1996, portant sur l’organisation des juridictions d’ordre administratif, a prévue le "silence de l'administration", qui est, après 3 mois sans réponse (doit répondre dans les 2 mois suivants la demande), à considérer comme une décision de refus de l'administration. Le citoyen peut l'attaquer comme s'il y aurait eu un véritable refus. La plupart des décisions concernent la nomination de fonctionnaires, les demandes d'asile politique, et surtout les permis de construire. On peut faire une demande d'annulation à la fois si la décision de l'administration a été négative pour soi-même (refus d'une autorisation) et si elle a été positive pour quelqu’un d'autre. Or il faut une raison pour agir en justice ("pas d'intérêt, pas d'action", pas d'intérêt si on n'est pas directement affecté dans ses droits, si intérêts ne sont pas directs: le tribunal le constatera; or il y a un projet de loi pour qu'également des associations peuvent agir en justice: jusqu'à maintenant, leurs demandes étaient considérées comme irrecevables, à intérêt indirect, puisqu'elles représentent ts leurs membres). Les moyens d'action sont limités et énumérés par une loi:-violation de la loi, des formes substantielles -excès/abus de pouvoir     Conclusions concernant les divisions rationnelles du droit, concernant la division du droit en droit public et en droit privé: * Rigueur du commandement: le degré de la force obligatoire de la règle juridique. Toutes les  règles juridiques sont obligatoires, mais il y en a qui sont plus obligatoires que d’autres. Les règles du droit public sont obligatoires et impératives (jus cogens), on ne peut y déroger par une convention entre particuliers (pas principe de la l'autonomie de la volonté); ce sont normalement des règles d’ordre public (p.ex. art. 6 CC: bonnes moeurs). Les règles du droit privé sont obligatoires et supplétives  (jus dispositivum), elles deviennent  seulement obligatoires si dans une convention les deux parties concernées n'y ont pas explicitement dérogées (sauf art.6).
* L’application des règles de droit : On distingue 2 aspects: l'interprétation de la règle et la sanction de la règle.

 Chaque fois qu’une loi n’est pas claire, qu’elle est ambiguë, elle doit être interprétée. Les règles de droit public ne doivent être interprétées que de manière restrictive (on restreint ainsi le champ d’application autant que possible). Les règles de droit privé sont interprétées selon la volonté des parties, dans leur intention originelle. La sanction comporte 2 aspects: il y a différence dans la juridiction (la juridiction de l’ordre administratif règle les litiges de droit public, les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire règlent (en principe) les litiges concernant les règles de droit privé) et dans la nature de la sanction (la sanction en cas de violation de règles du droit public est la peine, la sanction en cas de violation de règles du droit privé se fait normalement sous forme de réparations de dommages, souvent sous forme de nullité et jamais il n'y a peine).* La conception résiduaire (=ce qui s'applique au reste) du droit. Une situation sociale, non réglée par le droit, pose la question comment le citoyen doit se comporter. La conception résiduaire du droit donne la réponse:                                                                                                       Tout ce qui n’est pas expressément permis est interdit ---> conception qu’on doit avoir dans le droit public.

Tout ce qui n’est pas expressément interdit est permis ---> conception qu’on doit avoir dans le droit privé.  *Chapitre 2: Les sources du droit*   **Introduction**  La question qui est souvent posée est celle de la provenance, de l’origine de la règle juridique. Plus précisément 3 questions se posent: 1) Qui crée le droit, la règle juridique? C’est une question de pouvoir. 2) De quelle manière crée-t-on le droit? C’est une question de procédure. 3) Comment la règle juridique se manifeste-t-elle vers l’extérieur et où faut-il la chercher? C’est une question de forme. Les réponses à ces questions dépendent du sens qu'on donne aux termes "source de droit". Elles ne sont pas uniformes et elles sont partout différentes. La source de droit désigne l’origine de la règle juridique. Le terme source a plusieurs significations :matérielle : La source du droit est une institution, une personne responsable qualifiée d’émettre la règle juridique. En principe il s’agit de l’Etat (source nationale), mais il se peut aussi que ce soit la société elle-même par coutume, par usage. Avant 1789 la coutume était la source la plus importanteformelle : La source de droit désigne également les procédés et formes que les institutions et personnes qui émettent les lois doivent respecter. La cause de cette formalité est pour que le citoyen puisse faire distinction entre la règle juridique et autre, comme par exemple une distinction entre loi, règlement grand-ducal, arrêté grand-ducal, contrat et constitution. Or de plus en plus apparaissent de sources dites anormales, hors de forme (p.ex. : administration qui émet des directives)documentaire : on recherche un endroit où se trouve la loi (p.ex. : Mémorial pour le Luxembourg)réelle : mouvements idéologiques qui sont sous-jacents aux différentes règles de droit (p.ex. : le droit de la famille qui tire son origine du christianisme ; le droit commercial qui lui tire son origine du capitalisme) Pour le cours nous retenons le sens formel des sources. Il y a 5 modes de classification et nous retiendrons le premier: La classification  en **sources nationales, étrangères et internationales**. Les sources sont nationales si elles sont établies sur un territoire par les souverains de ce territoire. Elles sont étrangères s’il y a un abandon de souveraineté, si les sources viennent d’un souverain autre que celui du territoire où elle est appliquée (ne devrait en principe pas exister). La source est internationale s’il y a une mise en commun de souveraineté, comme on le trouve dans des traités internationaux (organisations supra-nationales, plusieurs systèmes juridiques).La classification en **sources publiques et autonomes**. On parle de sources publiques si elles sont à l’origine et à la disposition d’une autorité publique. On parle de sources autonomes de droit si les règles juridiques sont déterminées par des corporations qui jouissent d’une certaine autonomie. Exemple: Si, en droit commercial, dans les sociétés anonymes, les actionnaires arrêtent un statut, c’est la société elle-même qui détermine ces règles, non pas l’Etat. La classification en **sources autoritaires et conventionnelles**. On parle de source autoritaire si la règle juridique est imposée par une autorité, s'il faut la suivre (p.ex. : la loi). On parle de source conventionnelle si elle résulte d’un accord, d’une négociation. (Exemple: les traités internationaux, les contrats)La classification en **sources écrites et non-écrites**. On distingue les règles juridiques écrites (lois, règlements,..) et les règles juridiques non-écrites, les coutumes.La classification en **sources souveraines, subalternes/subordonnées et subsidiaires**. La source souveraine est celle qui impose n’importe quelle règle juridique dans n’ importe quel domaine de la vie publique ou privée (p.ex. : Les lois et els constitutions) La source subalterne est la source qui ne peut que mettre en oeuvre une norme qui résulte d’une source souveraine, comme p.ex. le règlement grand-ducal. La source subsidiaire est une source qui peut être primée, remplacée par une autre source (p.ex. sources autonomes). Elle ne sort ses effets que s’il n’y a pas d’autre source qui la prime. Exemple: la coutume. Remarque:L'origine des différentes sources de droit: Code civil de 1804 (Code principal). Est toujours en vigueur à cause du principe de la continuité de l'ordre juridique (même si l’Etat ou le régime change, les anciennes lois restent applicables à moins qu'elles sont abolies expressément: art. 117(abolit tous les actes contraires à Constitution) et art.120 (changement. d'Etat)). Ce principe explique aussi pourquoi d'anciennes coutumes, des principes généraux,... sont toujours en vigueur.  **Sous-chapitre 1: Les sources nationales** Il y a 4 sources classiques: la coutume, le droit écrit, la jurisprudence et la doctrine. On y ajoute une 5eme catégorie: les sources extraordinaires (Sources internationales: traités et droit des organisations internationales). Les sources nationales sont les sources luxembourgeoises et d'origine supranationale applicables sur le territoire luxembourgeois. **Section 1: La coutume** **1. Définition :** La coutume est un usage social pratiqué constamment depuis un temps immémorial et dans la conviction que cet usage est le droit.  Il s'agit de règles juridiques tirant leurs origines d'un usage qui se fait dans la population. Autrefois, la plupart des gens ne savaient ni lire ni écrire, voilà ce qui explique la transmission orale des règles et donc la naissance de coutumes. Or elle n'est pas devenue rare de nos jours, mais p.ex. : très importante en droit anglo-saxon. Pour que la coutume existe, deux éléments doivent être réunis cumuleusement: l’élément matériel et l’élément moral. L’élément matériel est « l’usus », « usage », pratique sociale (se pratique dans la société), constante ("Une fois n'est pas coutume": il faut une répétition de l'acte) et uniforme (doit toujours être la même), contrairement à un acte isolé. L’usage doit être généralement accepté, et suivi et exister depuis un temps immémorial (il ne faut pas pouvoir dire la date exacte de sa naissance). Exemple d’un usage qui n’est pas une coutume: les pourboires, le rabais, une femme mariée qui porte le nom de son mari,...Exemple de coutume: contrat de bail: on ne peut simplement y renoncer et partir quand on veut. L’élément psychologique est « l’opinio iuris », la conviction du justiciable que la pratique suivie est le droit, qu’en ne la respectant pas, on a violé le droit (force obligatoire (ne diffère pas avec la source), comme la loi). I s’agit d’un sentiment de droit. La coutume détermine des règles juridiques qui existeront en dehors de leurs sources. **2. Formation et preuve de la coutume :** Quelle est la formation de la coutume, d’où provient la coutume?  Il y a 3 phénomènes de formation de la coutume:* La coutume se forme souvent spontanément dans la masse populaire (phénomène le plus important, population commence à se comporter d'une certaine façon). Historiquement, la coutume était la source de droit la plus importante, jusqu’au début du 19eme siècle. Le droit des peuples germaniques était un droit à 99,99% coutumier. C’étaient les Romains et les Grecs qui avaient seulement peu de droit coutumier (droit écrit et jurisprudentiel: 12 tables,...). Jusqu’à la révolution française, le droit coutumier était très important. Il l'avait d'abord emporté sur le droit romain (Sud de la France), finalement régnait tout l'empire germanique et la France entière. Avec les grandes ordonnances royales sous Louis XIII, XIV et XV (17e siècle), on rencontre le début du droit écrit, la rédaction des coutumes.
* Les usages élaborés par les praticiens du droit, les juristes (avocats, juges, huissiers de justice, ...; personnes dont le métier est en correspondance avec le droit, qui l'appliquent chaque jour): série de règles coutumières, surtout dans le domaine procédural (avocat cru sur parole,...)
* Les usages élaborés par des milieux professionnels: surtout dans domaine de finance et de commerce international (p.ex. : transport). Dans le droit financier (depuis années '20), les finances internationales connaissent un développement fulgurant (produits dérivés,...). Toutes les règles s'appliquant à ce domaine appartiennent au droit coutumier (crées par p.ex. par des agents de changement,...), parce que les législateurs n’arrivent pas à suivre ces développements incroyables. Surtout en bourse, l'évolution des marchés financiers est beaucoup trop rapide (3/4 de règles coutumières).

 Comment prouver une coutume?  Si on assigne en justice, il faut prouver l'existence d'une coutume si on l'invoque (il faut montrer que la source sur laquelle on se base existe). L'existence et le contenu de la coutume doivent être prouvées.Autrefois la preuve se faisait surtout par voie de témoin: le juge donnait l’ordre de faire une enquête par turbe (turba = la foule, la masse) pour savoir ce que pensait le peuple. La coutume était prouvée lorsque l’expert témoignait que le  peuple, du moins la majorité des personnes interrogées, avait dit que la coutume était telle ou telle. Aujourd’hui pour la preuve on distingue trois procédés:* L’enquête individuelle, un témoignage oral d’une personne qualifiée pour donner leur avis sur la coutume (un notaire, expert,...).
* La preuve par écrit par une personne qualifiée. Ce témoignage est appelé . La preuve par parère (parere=sembler) est fréquemment utilisée de nos jours. Il s’agit de demander une attestation écrite d’une personne physique.
* Les milieux professionnels ont commencé à rédiger les coutumes en écrit, cet écrit on l’appelle . La coutume a un défaut notable: son insécurité juridique. Il y a insécurité juridique à propos de la source formelle de la coutume vu que son existence et son contenu ne sont pas sûrs. Exemple du droit financier: ISDA définitions (International Swap and Delivery Association); définitions numérotées, on fait des contrats par téléphone en mentionnant simplement le numéro. Exemple du droit commercial/transport: les Incoterms  (international commercial terms). C’est un recueil d’usages rédigé dans les années '40-'50 et constamment mis à jour par la CCI (Chambre de Commerce International, à Paris), d’abréviations et de termes utilisés tous les jours dans le commerce international (contrats de plus en plus complexes). En matière de vente, on a par exemple les termes de vente CIF et de vente FOB. CIF = cost insurance fade (coûts de transport et d’assurance de transport jusqu’au domicile de l’acheteur compris), FOB = franco on board (mettre l’objet vendu à bord du navire est encore l’obligation du vendeur, le reste doit être payé par l’acheteur).

 On remet donc au juge une photocopie de ces définitions.  La coutume ne peut être que comparée aux principes généraux du droit. Ce sont aussi des règles obligatoires et sanctionnatoires aux justiciables. La révolution française a eu comme conséquence la rédaction des codes, la diminution de l'influence de la coutume. On voit que le droit souligne aussi le processus de civilisation: plus une société est civilisée, plus son droit est rédigé par écrit  (et, par conséquent, la coutume moins importante).   Les règles coutumières importantes se trouvent encore aujourd’hui dans le droit luxembourgeois, même si au Luxembourg, on a un droit écrit:Certains principes de la théorie générale du droit, par exemple le « Nul n’est censé ignorer la loi », sont d’origine coutumière. En droit public, constitutionnel la coutume joue un certain rôle en ce qui concerne p.ex. : les partis politiques (il n’y a aucune règle juridique sur les partis,...) En droit privé les articles 1159 et 1160 du Code Civil, par exemple, sur les coutumes et les usages des méthodes d’interprétation du contratEn matière commerciale: le commerce est régi par lois de commerce, par usages en matière commerciale (loi de 1950)Le droit international public: La coutume est reconnue expressément par le droit. Dans l’article 38 (1) b des statuts de la Cour de La Haye la coutume est textuellement reconnue.  Mais il y a deux branches dans le droit où la coutume n'existe pas: dans le droit pénal et dans le droit fiscal. La raison pour laquelle il n’y a pas de coutumes dans ces droits est que ces deux droits ont un caractère légaliste et écrit. Article 99 de la Constitution pour le droit fiscal et l’article 2 du Code pénal pour le droit pénal. **Section 2: Le droit écrit** **Définition:**Le droit écrit est un ensemble de règles juridiques formulées par écrit avec un certain caractère de généralité et d’abstraction.  Une règle juridique formulée par écrit est publiée dans le Mémorial. Par écrit = noir sur blanc, sur papier ou mieux: sur toutes sortes de support matériel, aussi des pierres (12 tables, à l'origine du droit romain, à son tour à l'origine de notre droit), sur support électronique (déjà le cas en Amérique où certaines circulaires de la SEC n'existent que sur Internet, mais ceci n’est pas encore le cas au Luxembourg pas encore le cas, or existe une copie du Mémorial sur Internet). Règle générale et abstraite car une règle juridique doit pouvoir s’adresser à toutes sortes de situations existantes ou futures (système anglo-saxon: liste d'énumérations, différence avec nos lois générales). En droit luxembourgeois, français et belge le droit écrit est aujourd’hui de loin la source de droit la plus importante. Le droit écrit est souvent nommé « loi », ce qui est en fait faux vu que la loi est quelque chose de beaucoup plus précis. Une loi est une règle qui émane de la Chambre de Députés. Encore plus souvent on emploie ce terme pour le droit écrit. Mais il est incorrect de dire que « loi » est équivalent de droit. Distinction: Le droit écrit légal et le droit écrit conventionnel. Le droit écrit légal est un droit écrit formulé par une autorité publique, il provient d’une source autoritaire qui s’impose au justiciable, comme par exemple la loi, le règlement grand-ducal, la Constitution. Il s'agit d’une forme classique de droit et on le retrouve le plus souvent au niveau des contrats, dans la liberté contractuelle. Elle s’impose aux parties, mais les parties sont libres de se soumettre : art. 1134 al.1 fait le lien entre la loi et l’engagement des parties par manifestation libre de leurs volontés.Historiquement le droit écrit a fait une évolution inverse des coutumes. Lors d’insuffisances de la coutume, le droit écrit a pris naissance. Le premier véritable droit écrit qui a existé a été celui des romains : loi des 12 tables au 7e siècle.Un désavantage du droit écrit est qu’il ne peu être modifié que par celui dont il émane. Or comme ceci est le plus souvent impossible, il faut interpréter le droit écrit. Ainsi le droit écrit est à la fois moderne et ancien. Les instruments principaux du droit écrit légal sont la loi et le règlement G.-D. **1. La loi:** **Définition:**La loi est l’expression solennelle du pouvoir souverain dans la sphère d’action de l’Etat. **La loi est une expression solennelle:**en théorie générale du droit une sorte de formalisme juridique. Solennité, car elle ne peut s'exprimer que par vote par Chambre des députés et doit être publiée conformément à l'arrêté de 1842.**La loi est une expression solennelle du pouvoir souverain:**la puissance souveraine réside dans la nation (Art.32 Al 1er de la Constitution). La loi est donc l’expression solennelle de la nation, pouvoir souverain doit respecter formes solennelles (que le public peut reconnaître). Grand-Duc doit exercer le pouvoir conformément à la loi (al.2) et participe à élaboration de la loi (art. 46 et 47) ensemble avec la Chambre des députés. La loi est la source de droit du pouvoir souverain. (Démocratie représntative)**La loi est l’expression solennelle du pouvoir souverain dans la sphère d’action de l’Etat:**La loi ne peut s’exprimer que là où l’Etat peut agir. La limite de la sphère de l’Etat. Or il s’agit d’une sphère très importante et presque illimitée, elle n’est restreinte que par les collectivités locales par exemple: 1. l’article 107 de la Constitution parle de l’autonomie communale (les communes ont leur sphère propre). 2. l’article 49bis de la Constitution parle du transfert d’une partie de ses pouvoirs à l’Union européenne. Le législateur peut en principe intervenir dans tous les domaines publics (seules limitations dans le domaine de la centralisation et de décentralisation et dans le domaine des pouvoirs transférés). **L’élaboration de la loi :**La loi est un acte juridique qui émane d’un organe constitutionnel bien déterminé: la Chambre des Députés (Art.46, 47 Const.), le pouvoir législatif. L’élaboration de la loi se caractérise par un processus législatif long et lent. La loi ne peut entrer en vigueur comme acte juridique valable que si tout le processus législatif a été légalement poursuivi jusqu’au bout. A l’élaboration de la loi interviennent aussi * le Grand-Duc (exerce le pouvoir exécutif)
* la Chambredes Députés
* le Conseil d’Etat (art. 83 bis Constitution : 1996)
* les Chambres professionnelles : ces chambres sont prévues par la loi de 1924. Il existe 2 sortes de Chambres : les chambres patronales (Chambre de commerce, Chambre des métiers, Chambre d’agriculture) et les chambres salariales (Chambre du travail, Chambre des employés privés, Chambre des fonctionnaires et des employés publics)

L’initiative législative, le début du processus législatif (=conception) est laissé au Grand-Duc (projet de loi) ou à la Chambre des Députés (proposition de loi). Il est devenu usage que le Grand-Duc autorise certains membres du gouvernement (ministres de ressorts) de faire des projets de loi dans son nom. En pratique, un avant-projet de loi est rédigé par un haut fonctionnaire du ministère ou par les milieux professionnels concernés. A la Chambre des Députés, pas tout député a l’initiative, mais chaque député peut faire une proposition de loi, mais il lui faut toujours 5 cosignatures d’autres députés (5 sur 60). (Théoriquement il existe une initiative parlementaire, or 95% des initiatives sont des projets de lois). La proposition de loi peut aussi être prononcée par une fraction de la Chambre des députés. L’instruction du projet / de la proposition de loi est déposée au greffe de la Chambre des Députés, qui la renvoie devant une commission parlementaire compétente. Elle est discutée au sein de cette commission de travail. En même temps commence un processus de consultation. Deux organes doivent être obligatoirement consultés: les Chambres professionnelles et le Conseil d’Etat. Les chambres professionnelles sont des organes créés par la loi qui représentent officiellement l'ensemble des patrons et des salariés face au pouvoir législatif et exécutif.  Un avis écrit sur le projet / la proposition de loi peut être donné par les Chambres professionnelles, or si elles ne donnent pas leur avis pendant un certain délai, le processus continue toutefois. Il en est de même pour le Conseil d’Etat (Art. 83bis Const.), mais là l'avis est obligatoire. Sans l’avis du Conseil d’Etat, la Chambre des Députés ne peut pas voter la loi. Le Conseil d’Etat a donc un certain moyen de bloquer la proposition de loi/projet de loi. Les Chambres professionnelles (vraies lobbies) doivent juger dans leur perspective, juger l'opportunité du projet de loi/proposition de loi. Elles doivent juger dans l’intérêt propre de leurs membres Le Conseil d’Etat ne devrait juger que par analyse systématique du point de vue constitutionnalité de la loi et cohérence juridique. Or le conseil d’Etat ne donne pas d’analyse qualitative du projet de loi en ce moment, mais plutôt une analyse d’opportunité. Ceci pose 2 grands problèmes : 1. la légitimité du Conseil d’Etat 2. le Conseil d’Etat est en voie de collision avec les Parlements. Ce n’est qu’après que le Conseil d’Etat a donné son avis que le projet / la proposition de loi revient à la Chambre des Députés; alors il y a un débat suite à un rapport sur les deux avis. La loi est ensuite votée par la Chambre des Députés. La majorité simple des voix est nécessaire pour la faire accepter. Puisque la Constitution luxembourgeoise ne prévoit pas de 2e Chambre, après le vote, la loi est renvoyée devant le Conseil d’Etat. Si le Conseil d’Etat est d’accord avec la loi, il donne la dispense du 2eme vote. S’il n’est pas d’accord, il oppose son veto (sans motivation). La loi est alors renvoyée de nouveau devant la Chambre des Députés qui, après 3 mois de réflexion au plus tôt, procède au 2eme vote.  Si la loi est alors votée, elle doit être sanctionnée et promulguée par le Grand-Duc. (Art. 34 Constitution). En posant sa signature sous la loi, le Grand-Duc atteste l’existence de la loi (promulgation, fait de faire connaître la loi à l’extérieur) et constate que la procédure législative a été valablement poursuivie (sanction). La loi devient alors exécutoire, mais elle doit encore être publiée (dans le Mémorial) pour pouvoir entrer en vigueur. De plus un contreseing ministériel est nécessaire, car le Grand-Duc n’est pas responsable. Avec la signature du Grand-Duc, la loi devient effective, valable, ne peut plus être mise en cause. Théoriquement, le Grand-Duc pourrait refuser de signer une loi, elle ne peut alors pas entrer en vigueur. Or cela ne s’est passé qu’une fois au Luxembourg par la loi sur la scolarité en 1919. En Belgique, le cas de Baudouin, qui refusait de signer la loi sur l’avortement, a montré que le roi peut faire usage de son droit: or le Premier ministre a alors déclaré le roi incapable de régner pendant 24 heures, et a signé en son nom la loi. Cela n’aurait pas été possible au Luxembourg, car ici une telle loi n’existe pas. Le système aurait été coincé.  Toutefois une loi peut être jugée inconstitutionnelle. La Cour constitutionnelle peut contrôler toutes les lois, sauf les traités internationaux, suivant leur constitutionnalité. Elle a été introduite pour éviter que les juridictions normales ne s’occupent plus que de cela, lorsqu’elles ont commencé à juger la constitutionnalité des lois. La conformité des projets et proposition de lois est contrôlée par le Conseil d’Etat, malgré cela, la Chambre des Députés peut voter la loi.  **Les effets de la loi :** Les aspects matériels de la loi (aspects formels de la loi : Comment se présente-t-elle au justiciable?) visent le contenu de la loi.Le contenu doit respecter 3 règles:* Le principe de la plénitude (possibilité générale) d’attribution du pouvoir législatif. La loi vise surtout 2 choses :

o   Domaines dans lesquels l’Etat et le pouvoir législatif peuvent agir : L’Etat, tout comme le pouvoir législatif, peut intervenir dans tous les domaines de la vie. Il n’y a pas de domaine où il ne pourrait pas intervenir, sauf ceux défendus par les lois et la Constitution. o   Le pouvoir législatif vis-à-vis du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire : Ces deux derniers peuvent intervenir que dans quelques domaines. Le pouvoir législatif peut législatifier ou annuler les deux autres pouvoirs. Il prime le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Au Luxembourg cette primauté du pouvoir législatif est dû au fait de la souveraineté de la nation. Il faut quand-même dire que Montesquieu n’avait pas prévu qu’un pouvoir soit plus important, plus dominant que les deux autres. Selon sa conception les trois pouvoirs sont égaux.    * Distinction très importante que fait le droit constitutionnel entre 2 catégories de loi: 1. Les lois à disposition direct, qui contiennent elles-mêmes des règles juridiques. (Exception : p.ex. : lois de naturalisation) 2. Les lois habilitantes, les lois qui habilitent le Grand-Duc à règlementer certaines matières. Ne contiennent pas des règles juridiques, mais des habitilations au Grand-Duc par voie de règlement grand-ducal. Le G-D ne peut pas faire de lois, uniquement des décrets.
* Théorie des réserves de la loi : Domaines réservés à la loi. La constitution attribue un certain pouvoir au législateur. (p.ex. : art. 9 al 1. Constitution) La question qui se pose est celle si le législateur peut déléguer certains pouvoirs au Grand-Duc ou si il doit intervenir lui-même. Dans la théorie des réserves, certains domaines de la vie publique sont réservés à la loi par la Constitution. Seul le législateur peut intervenir dans ces domaines. Il faut une loi au sens formel du terme pour intervenir (droit pénal, finances publiques et impôts, libertés publiques, …), pas de règlement (protection contre la monarchie).

  Propriétés de la loi:* La loi est l’expression souveraine de la nation, du peuple. Elle exprime la volonté de la nation, qui devrait se gouverner elle-même. Propriété théorique et intellectuelle. En réalité le peuple élit ses représentants et émet à travers eux sa volonté.
* La loi n’admet aucune dispense. 2 corollaires : Art.10 bis de la Constitution: égalité de tous devant la loi. Art. 36 de la Constitution : Ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir exécutif  peuvent dispenser un ou plusieurs citoyens de la loi, ni suspendre la loi elle-même. Art.101 Constitution: en matière fiscale, pas de privilèges devant l’impôt. La loi pourrait donner des privilèges, le pouvoir exécutif ne le peut pas.

  **2. Le Règlement général:** **Définition :**Le règlement général est la mesure obligatoire de caractère général prise en exécution de la loi dans une forme déterminée.  La source est subalterne, subordonnée à la loi. Le règlement ne peut pas exister seul. Il est une mesure d’exécution de la loi. Or dans son degré d’obligation, il est identique à la loi. Sa forme est déterminée : la règle juridique est soumise à un certain formalisme qui doit être respecté (sinon on peut demander son non-application). Considérations pratiques : La loi fixe les grandes lignes, le règlement et les détails. La Chambre des Députés règle par une loi un certain domaine, a un caractère général et abstrait, ne vise pas les détails (ex. loi scolaire de 1912 : la loi ne fixe pas p.ex. les programmes scolaires,…). La durée parlementaire ne dure que d’octobre à fin juin, or il doit y rester un pouvoir, le pouvoir exécutif, qui applique la loi pendant tous les jours de l’an, aux situations concrètes qui se passent dans la vie de tous les jours. Le droit constitutionnel distingue à ce stade-ci 2 catégories de règlements: les règlements généraux proprement dits (Art.36 Constitution) et les règlements communaux (Art. 107 al. 3 Constitution). Le règlement communal émane du pouvoir communal, décentralisé (fait par Conseil communal). Le Règlement général est un règlement grand-ducal (pouvoir central) : Les grands principes se trouvent dans la Constitution, mais lorsque la loi ne prévoit pas toutes les mesures nécessaires, alors le Grand-Duc peut prendre des mesures d’application de la loi. Le Grand-Duc fait les règlements et les arrêts nécessaires pour l’exécution des lois de la Chambre des Députés. Le Grand-Duc est le pouvoir exécutif ; le règlement général et les actes administratifs (décisions administratives) émanent du pouvoir exécutif. Or il doit se borner à exécuter la loi dans le cadre général. Ses mesures qu’il prend sont pour tout le monde. Le Grand-Duc peut également déléguer une partie de ses pouvoirs au gouvernement. Cependant le gouvernement et les ministres doivent prendre des mesures personnelles, comme par exemple attribuer à une personne une autorisation de commerce (il s’agit d’une décision administrative). Donc la grande différence entre le règlement grand-ducal et l’acte administratif est que l’acte administratif ne vise qu’un seul citoyen alors que le règlement grand-ducal vise tout le peuple.Les conséquences de cette distinction entre acte administratif et règlement général, notamment en matière de recours, sont importantes. On n’est pas obligé d’accepter les actes administratifs et les règlements généraux. Des recours sont prévus par la Constitution. Le citoyen peut intenter un recours direct contre les décisions administratives qui le lèsent, devant les cours et tribunaux administratifs (recours par voie d’action (Art. 95 bis Constitution)). Par le recours par voie d’exception (exception=ici défense) on peut attaquer un règlement général, or on ne peut pas l’attaquer de façon active: Comme le règlement général est une mesure générale qui s’applique à tout le monde, il faut attendre jusqu’à ce qu’on soit assigné en justice, et puis seulement, en défense, on peut invoquer que le règlement que l’autre partie veut utiliser est contraire à la loi. A cause de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ne peut pas annuler la loi, mais seulement ne pas l’appliquer (reste donc valable, obligatoire et exécutoire, mais on peut toujours de nouveau invoquer son inconstitutionnalité). Il n’y a donc pas de recours, sauf celui d’invoquer l’inconstitutionnalité de la loi. Le recours contre un acte administratif est seulement possible si le citoyen fait partie de l’acte administratif et qu’il lui cause tord. Alors le citoyen peut attaquer cet acte immédiatement devant les cours et tribunaux sur base de l’article 95 bis de la Constitution. Il s’agit d’un recours par action, par voie directe et le recours peut aboutir à l’annulation ou à la réformation du acte administratif. Procédure d’élaboration du règlement général (obligatoire) par le Grand-duc:Cette procédure est prévue par l’article 36 de la Constitution. (**Loi du 19 novembre 2004**, Mémorial A, no 186 du 25.11.2004 : très importante). Quand le Grand-duc veut prendre une mesure d’exécution, d’application de la loi alors le gouvernement désigne un ministre qui s’en occupe. L’avant- projet de règlement grand-ducal est élaboré par le ministre compétent. Lorsque le texte est prêt, il demande qu’il soit mis à l’ordre du jour du Conseil des Ministres. Si le gouvernement est d’accord avec, il est adopté (devient un projet) et est envoyé à certains organes qui doivent donner leur avis: les chambres professionnelles et le Conseil d’Etat. C’est une pure consultation. Les chambres professionnelles doivent être consultées, mais si elles ne donnent pas leur avis à temps ou pas du tout, le gouvernement peut passer outre. Mais le Conseil d’Etat doit donner son avis. Il a donc un pouvoir énorme pour bloquer le règlement général. Après que le Conseil d’Etat ait donné son avis, le projet est retourné au Conseil de Gouvernement (des Ministres) qui l’adopte et le transmet au Grand-­Duc. Ce dernier le signe (pas de sanction, ainsi lors d’un vice de forme, il peut être invoqué par tout citoyen dans un procès). Le projet est contresigné par le Ministre responsable. Il est publié au Mémorial et entre en vigueur trois jours francs après sa publication. C’est une procédure par étapes, procédure qui est beaucoup moins longue que pour l’élaboration d’une loi. S’il y a cas d’urgence, le Conseil d’Etat ne doit pas être consulté (or abus : gouvernement invoquait toujours urgence, alors les juges ont décidé de contrôler au moins cette urgence, qui ne doit pas être justifiée). Les causes d’ouverture du règlement général : Quelles sont les situations dans lesquelles le Grand-duc peut avoir recours à un règlement général? Elles sont limitativement prévues par la loi. On distingue : 1. les causes d’ouverture normales (art.36Cst.) et 2. les causes d’ouverture exceptionnelles (art.37, al.4). Les causes d’ouverture normales (cadre journalier):L’exécution de la loi : Article 36 de la constitution, mais importante modification le 19 novembre 2004. Une loi est un document général et abstrait. Le règlement est la mise en oeuvre concrète et pratique d’une loi (pratiques/modalités/détails), fixe les mesures d’applications de la loi. Le règlement général est une source subalterne. S’il n’y a pas de loi dans un domaine, le Grand-duc ne peut pas réglementer dans ce domaine. Un règlement ne peut ni dire plus, ni autre chose que la loi. Le Conseil d’Etat doit contrôler a priori si le règlement général est conforme à la loi. Art.95 Const.: Si un règlement général n’est pas conforme à la loi, il est sanctionné par la non-application. Il existe toujours, vu qu’il ne peut pas être annulé. Mais il n’est alors plus appliqué. L’exécution du traité international : Un traité est un accord entre 2 ou plusieurs Etats indépendants et souverains. Le Grand-Duc fait les règlements et les arrêts nécessaires pour l’exécution des traités internationaux, non pas pour les lois qui les ratifient (raison pourquoi=cause d’ouverture). L’initiative des traités est prise par le gouvernement, le Grand-duc, le représentant de l’Etat (chef d’Etat). Ils doivent encore être ratifiés par une loi, sinon ils n’ont pas d’effet en droit interne. La loi qui ratifie le traité doit être votée par la Chambre des Députés comme toute autre loi.L’organisation du gouvernement : Elle n’est pas prévue par la Constitution, car le terme n’était pas contenu dans la Constitution : on parlait toujours de Grand-duc, jamais de gouvernement, quand on parlait de pouvoir exécutif. La détermination des départements ministériels et la nomination des ministres est faite par le Grand-duc (car délégation de ses pouvoirs vers  le Conseil des Ministres, gouvernement.). Le Grand-duc fait ceci par voie de règlement général, publié au Mémorial A et B. Le Grand-duc fait en faite un règlement général et une décision administrative (nomination des ministres), or comme le domaine du règlement est plus important dans ce cas, on parle de règlement (décision ne peut être faite par Grand-duc). C’est la raison pour laquelle il y a publication dans les 2 Mémoriaux.  Causes d’ouvertures exceptionnelles (extraordinaires) : * **L’habilitation législative :**

 Il existe deux catégories de lois: Les lois à disposition directe (elles contiennent elles-mêmes des dispositions légales) et les lois à disposition habilitant (elles ne contiennent qu’une délégation du pouvoir en faveur du Grand-Duc. Le Grand-Duc exerce le pouvoir par voie de règlement général.).Dans les années 1920, il y a le phénomène de l’énorme crise économique et il fallait des mesures législatives rapides et très techniques (lutter contre le chômage, prendre des mesures monétaires, ...) requises pour lutter contre la crise. Le pouvoir législatif a bien voulu intervenir, mais il se heurtait au problème qu’il y avait alors comme députés d’un côté des grands bourgeois, d’autre côté des syndicalistes de première heure, ce qui résultait à des débats éternels et à des majorités très fragiles. En plus on ne peut pas donner au Grand-Duc le pouvoir de faire des lois, car la Constitution l’interdit, le pouvoir n’est pas délégable. Alors on décide de donner au Grand-Duc l’autorisation de prendre des décisions ayant la même valeur qu’une loi, mais qui n’en sont pas: cette autorisation s’appelle loi habilitante. Ce qu’on fait en pratique: Le parlement délègue au gouvernement le pouvoir d’intervenir hors cadre d’une loi, d’un principe général. Juridiquement, le parlement vote une loi qui contient une délégation du pouvoir au Grand-Duc, habilité ainsi à intervenir dans un domaine précis (habilitation législative) : il s’agit de règles de pouvoirs spéciaux. Dans les années ‘30, on a considéré ce principe comme étant exagéré (pas de base constitutionnelle) et on l’a oublié. A partir des années ‘60, on a de nouveau utilisé les lois habilitantes (pour réformer le Code de procédure civile p. ex.). En effet, la lenteur de la procédure et les matières techniques qui excédaient le savoir des députés en ont été la raison. Finalement, la Chambre des Députés vote maintenant tous les ans une loi habilitante générale qui autorise le Grand-Duc à réglementer certaines matières (maintien d’un certain contrôle).  2 exemples: La loi du 23 décembre 1994 : habilitation par le Grand-Duc de réglementer certaines matières. L’article 1er de cette loi dit que le règlement général peut déroger à une loi existante. Cependant la Constitution peut réserver certains domaines à la loi et auxquels un règlement général n’a pas d’accès. Un tel domaine est par exemple le chapitre II de la Constitution. L’article 2 s’occupe des sanctions en cas d’infraction de ces lois, alors il y a des peines pénales.La loi du 20 décembre 2002, pour 2003, habilitant le Grand-Duc à réglementer dans le domaine des matières économiques et financières.  Les juristes luxembourgeois n’étant quand-même pas encore satisfaits, ils modifient l’article 32 de la Constitution en ajoutant à elle un alinéa 3 et 4 par la loi du 19 novembre 2004. Cette modification veut dire :On fait une distinction entre les domaines réservés à la loi par la Constitution et les autres domaines. Le règlement général de pouvoirs spéciaux: Le Grand-Duc prend directement des mesures qui auraient dû/pu être prises par la loi. Il peut déroger à la loi dans le domaine considéré, être contraire à la loi, car sa position hiérarchique est identique à celle de la loi, il a la même force. Or certains domaines restent réservés à la loi (droit pénal, fiscal) (art.2 loi habilitante actuelle). La 2e limite est que le règlement de pouvoirs spéciaux doit rester dans la limite de la loi habilitante, dans le domaine consacré.   * **L’état de nécessité :**

 Il s’agit de circonstances particulières qui empêchent le fonctionnement normal de l’Etat et des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. L’état de nécessité est appliqué dans une situation tout à fait extraordinaire d’ordre militaire, d’ordre naturel ou d’ordre technique. Dans une situation qui rend  impossible le fonctionnement des organes constitutionnels. Exemple historique: le Luxembourg est envahi endéans 3 heures le 10.5.1940 par les troupes allemandes : tout le gouvernement et le Grand-Duc ont fui à l’étranger. Or en exil ils disaient qu’il fallait continuer à légiférer, même s’il n’y avait pas de parlement, de Chambre de députés, parce qu’elle était restée au Luxembourg. Donc la Grand-Duchesse a pris cette charge, parce qu’il s’agissait d’un état de nécessité. La Grand-Duchesse avait donc gardé son pouvoir réglementaire et faisait des règlements depuis Londres, qui après la guerre étaient toujours valables et appliqués par les cours et tribunaux. Dans de tels cas le Grand-Duc prend alors un règlement grand-ducal sans devoir se baser sur une loi.  Le seul problème de cette procédure de rédaction de règlement est qu’il s’agit d’une coutume constitutionnelle et c’est pourquoi la loi du 19 novembre s’y est intéressée. Cette loi ajoute à l’article 32 de la Constitution un paragraphe 4 qui dit que « Toutefois, en cas de crise internationale, le Grand-Duc peut, s’il y a urgence, prendre en toute matière des règlements, même dérogatoires à des dispositions légales existantes. La durée de validité de ces règlements est limitée à trois mois. » Or qu’est-ce que c’est une crise internationale? Il n’y a pas de réponse donnée. Une autre question qui s’est posée : Est-ce que le Grand-Duc peut déléguer son pouvoir réglementaire par exemple à un député? Il y a quelques années où il existait une coutume constitutionnelle selon laquelle le Grand-Duc pouvait déléguer son pouvoir réglementaire à un ministre agissant seul. Cette coutume a été le plus souvent utilisée dans le domaine de l’éducation nationale. Le seul problème était que cette procédure a été souvent contestée parce qu’elle était en faite seulement une coutume et pas écrite quelque part. Ceci la rendait vulnérable et c’est pourquoi on a décidé d’ajouter par la loi du 19 novembre 2004 un alinéa 2 à l’article 76 de la Constitution : « Dans l’exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu’il détermine, charger les membres de son gouvernement de prendre des mesures d’exécution.» Ce phénomène de mauvaise délégation de compétences s’est aussi remarqué au niveau du Conseil de l’ordre qui créait des règles que les avocats devaient suivre. En cas de non-respect ou de non-observation de ces règles, l’avocat avait été appelé devant le tribunal. Or celui se tirait toujours bien de l’affaire, parce qu’il invoquait que le conseil de l’ordre n’a pas le pouvoir d’imposer des règles à ces membres. Pour trouver une solution à ce problème on a ajouté un article 108bis dans la Constitution par la loi du 19 novembre 2004 :« La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l’organisation et l’objet. Dans la limite de leur spécialité, le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l’approbation de l’autorité de tutelle ou même en prévoir l’annulation ou la suspension en cas d’illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.»      Donc le règlement général est attribution du Grand-Duc qu’il peut appliquer en cas d’ouvertures normales (art. 36, 37, 76 al.1 Cst.) et en cas d’ouvertures exceptionnelles (habilitation, état de nécessité : art.32 al.4 Cst., délégation de pouvoir réglementaire par art.76 al.2 et art.108bis Cst) L’effet du règlement général est un effet à force de loi : les normes juridiques contenus dans le règlement général sont égales aux lois, mais il y a la condition que le règlement général doit avoir comme base une loi et qu’il doit être conforme aux lois de base même si celles-ci sont des règles habilitantes. Lorsque un règlement général est considéré être illégal, alors si cette illégalité est invoquée et prouvée devant un tribunal, alors les juges n’ont plus le droit de l’appliquer. Cette sanction est une sanction par voie d’exception.           **Section 3 : La jurisprudence :**  **Définition :** La jurisprudence est l’autorité qui se dégage des précédents judiciaires. **Définition :**Les précédents judiciaires sont un ensemble de toutes les décisions qui sont rendues tous les jours par les cours et tribunaux du Grand-Duché de Luxembourg. Or toutes les cours et tous les tribunaux prennent des décisions en relation, par rapport à des cas précis. Ils ne prennent pas de décisions générales applicables à tout le monde. Ce sont des décisions d’espèce, de cas particuliers. Les cours et tribunaux ne se prononcent pas de façon général, abstraite, car si ceci était le cas, alors ils exerceraient le pouvoir exécutif et législatif et ceci est interdit par le principe de la séparation des pouvoirs (voir article 4 CC).Lorsque les plaideurs soumettent au juge une affaire, ils peuvent être pratiquement sûre que leur affaire sera jugée de la même manière qu’un cas similaire, antérieur. Les décisions prises aujourd’hui s’inspirent pour la majorité des cas du passé, donc les précédents ont une certaine influence sur les jugements prononcés aujourd’hui. Il se dégage donc une certaine autorité d’influence, les jugements des juges.    **1) Organisation judiciaire :** Sources légales sur l’organisation judiciaire :Constitution : Chapitre II : art.32-49bis : Le Grand-Duc intervient à la fois dans le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, mais il n’exerce que le pouvoir exécutif (Chapitre V : art.84-95ter).Loi du 7 mars 1980 : Lois sur l’organisation judiciaire qui a été modifiée une quinzaine de fois.Nouveau Code de procédure civile (NCPrC) et Code d’instruction criminelle (CICr)   **A) Certaines règles constitutionnelles qui organisent la justice :** Art.84 Constitution : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.»Art.85 Constitution : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. »Art.95bis al.1er Constitution : « Le contentieux administratif est du ressort du tribunal administratif et de la Cour administrative. Ces juridictions connaissent du contentieux fiscal dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi. » Les cours et tribunaux sont donc compétents pour des contestations qui ont pour objet des droits civils et des droits politiques. Lorsqu’il y a divergence de vue des justiciables alors c’est au juge de juger. Droit civil veut dire aujourd’hui droit privé, donc le droit civil, le droit commercial et le droit de travail.  La Constitutiondéclare aussi que la justice est rendue par 2 catégories de Cours et Tribunaux: les Cours et Tribunaux de l’ordre judiciaire et les Cours et Tribunaux de l’ordre administratif. Les articles du chapitre 6 délimitent les compétences des Cours et Tribunaux. Donc ces deux ordres de juridiction, l’ordre judiciaire et administratif, ne sont pas mis sur un même pas, mais sont exceptionnels l’un par rapport à l’autre. Ils ont des compétences résiduaires. Tout contentieux doit trouver un juge. Lorsque la loi ne désigne pas spécifiquement une juridiction pour un certain cas, alors les cours et tribunaux ont la fonction de désigner une juridiction, car tous les litiges doivent être résolus. Exemple historique : En Angleterre il existait une fois un litige pour lequel aucune juridiction avait été fixée par loi. Quoi faire? Les juges s’adressaient alors au roi pour que lui il prenne une décision. Sa décision était que lui il jugerait le litige. Or au cours du temps sont devenus de plus en plus fréquents et c’est pourquoi le roi a délégué son pouvoir de décision aux autres. Ces autres étaient nommés par le roi et devenaient des juges. Le problème qui se posait est celui que ces autres ne pouvaient pas s’appuyer sur des textes pour rendre justice. Ils devaient juger en absence de texte et donc par leur sentiment de justesse. Ils avaient jugés en equity et ainsi c’est installé un système parallèle aux juges normaux qui eux s’appuyaient sur des textes. Il y a naissance du « equity » à côté de la « Common law »Or les juges qui sont nommés par le roi et qui jugent en equity que font-ils ? Ils recherchent ce qui a été jugé antérieurement et ainsi le rôle du précédent est aussi beaucoup plus important dans le système anglo-saxon que chez nous. Le précédent y est seule source d’inspiration. En plus l’equity a provoqué une règle, la « rule of equity ». Le juge doit toujours suivre les décisions des juges de rang supérieur ou égale. Donc on peut dire que la jurisprudence est une véritable source de droit.  L’article 86 de la Constitution : dispose que la création d’un tribunal est un domaine réservé à la loi. Il interdit la création d’un tribunal extraordinaire. Le tribunal créé par la loi doit faire partie des tribunaux de l’ordre judiciaire ou administratif.Les Cours et Tribunaux de l’ordre administratif exercent le pouvoir judiciaire, car ils appartiennent à la justice. L’article 88 de la Constitution : prévoit les principes de la publicité des audiences. Il y a l’exception du huis clos, c’est-à-dire le public (tout citoyen majeur) est exclu si la publicité est dangereuse pour l’ordre public et les bonnes moeurs. C’est par exemple le cas s’il y a jugement d’un personnage extrêmement dangereux, s’il y a jugement d’une affaire politique, etc.: protection de l’inculpé.Il y a 2 juridictions où le public est exclu d’office: les audiences du Tribunal de la Jeunesse (pour protéger les mineurs) et les affaires concernant la vie privée jugées par le juge des tutelles. Normalement des affaires de violation sexuelle, pornographie : double but de protéger la victime et d’exclure le voyeurisme.  L’article 89 de la Constitution : dispose que tous les jugements doivent être motivés et être prononcés en audience publique. Si ce n’est pas fait, il y a un moyen pour casser le jugement (car la loi a été violée). But : protéger le citoyen contre l’arbitraire, doit pouvoir comprendre. Même les décisions prises en huis clos doivent être publiques. L’article 94 de la Constitution : « Des lois particulières règlent l’organisation des tribunaux militaires, leurs attributions, les droits et obligations des membres de ces tribunaux, et la durée de leurs fonctions. » L’article 95 de la Constitution : « Les cours et tribunaux n’appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu’autant qu’ils sont conformes aux lois. La cour supérieure de justice règlera les conflits d’attribution d’après le mode déterminé par la loi. » et les articles 95bis et 95ter de la Constitution. Le critère de classification des juridictions permet deux grandes catégories de cours et tribunaux : Les juridictions de fond et les juridictions de contrôle.  **B) Les juridictions de fond :** La mission primaire d’un juge de juridiction de fond est de juger selon les articles 84, 85 et 95bis de la Constitution qui utilisent tous les trois le terme de contentieux. (Contentieux vient du latin et veut dire se disputer, sich streiten). La mission primaire des juges est donc de régler des disputes et des conflits. Des juridictions de fond sont des juridictions auxquelles on soumet un conflit et qui doit alors trancher dans un sens ou dans un autre. Elle donne raison à une partie ou à l’autre. Les juges doivent donc se prononcer sur un litige et pour cela ils doivent aller jusqu’au fond du problème. Ils doivent vider un contentieux.  Mais en quoi peut consister un litige ? Un litige existe soit parce qu’il y a une divergence de vue sur une question de fait (feu rouge ou vert) soit parce qu’il y a une contestation de droit (feu rouge oui, mais quel article du code de la route faut il appliquer) soit parce qu’il y a un mélange de fait et de contestation de droit. La juridiction de fond doit trancher dans ces cas de litiges. Quelles sont les juridictions de fond ?Il y a distinction selon le degré de juridiction (degré dans le sens de hiérarchisation). Ils existent des juridictions de 1er degré et de 2e degré. On peut donc dire que chaque citoyen a un droit de soumettre sa cause consécutivement à deux juridictions différentes dont la 2e se trouve à un niveau supérieur de la 1ère.        Il y a deux observations à faire quant au principe du double degré de juridiction :* C’est un principe général de droit, repris entre autre dans l’arrêt de la cour d’appel du 26 mai 1994, OGBL contra Cactus. Mais il se trouve aussi inscrit dans la CEDH dans le 7e protocole additionnel pour la matière pénale.

 Est-ce qu’il y a des cas dans lesquels ce principe ne peut pas être appliqué ?Oui, il en existent quelques uns. Ex. : Lorsque l’enjeu du litige n’est pas important (+/- 1250€) Ex. historique : En matière criminelle contre des décisions de la cour d’assise (mais seulement en France et en Belgique)Ex. historique : En matière de droit fiscal  * Les juridictions d’appel sont aussi des juridictions de fond : on y analyse à la fois la question de faits et de droit. On refait le travail qui a été fait en première instance et ainsi le jugement de 1ère instance disparaîtra lorsqu’il y a appel. On recommence à zéro. C’est un tout nouveau procès.

Les cours d’appel jugent selon le principe : « tantum devolutum quantum appelatum ». On ne dévolue donc qu’autant on a appelé. Cette règle montre qu’en matière civile, le juge n’est saisi que dans les cas où les partis veulent. Le juge ne peut pas aller au-delà à ce qu’il a été demandé, il ne peut pas aller « ultra petita ». Le juge doit respecter ce principe. Quelles sont les juridictions de 1er degré et d’appel ? 1ère instance :* En matière civile et commerciale: Justice de paix (Luxembourg, Esch et Diekirch: ≤10000€, sauf bail: toujours Justice de paix, même si plus de 10000€) et Tribunal d’arrondissement (≥10000€)
* En matière pénale: Tribunal de Police (contraventions), Tribunal correctionnel (délits) et Chambre Criminelle du tribunal d’arrondissement (crimes).
* En matière de travail: Tribunal de Travail (Luxembourg, Esch, Diekirch); 1 juge professionnel, 2 assesseurs
* En matière de sécurité sociale: Conseil Arbitral de Sécurité Sociale (Luxembourg) et en matière de droit public

 Appel:Tribunal d’arrondissement (Luxembourg et Diekirch) et Cour d’appel (Luxembourg)Tribunal Correctionnel et Cour d’appelCour d’appelCour Supérieure de Sécurité Sociale Cours et tribunaux de l’ordre administratif (Luxembourg) :1ère instance : Tribunal administratif, 2e instance : Cour administrative, pas de Cour de Cassation, mais Cour Constitutionnelle et juridictions internationales. Que se passe-t-il s’il n’y a pas de juridiction qui peut traiter un certain litige ? Si aucun tribunal n’a la compétence en vertu de la loi, on peut toujours s’adresser au Tribunal d’Arrondissement, qui doit alors s’occuper du litige et rendre jugement. Le Tribunal d’Arrondissement a compétence résiduaire pour tous les litiges qui pourraient exister. Les législateurs du Code voulaient garantir un accès à la justice au citoyen. On voulait donner au peuple un juge pour éviter que le peuple se fasse justice lui-même. Cette particularité explique la différence entre le droit anglais et le droit continental. Le droit anglais : il y a une dualité du système juridique. La Common Law était un droit fait par le parlement (13e et 14e siècles). Vu que les Cours et les Tribunaux étaient surchargés, ils déclaraient souvent incompétence. Le peuple s’adressait alors au roi qui a rendu ses décisions suivant l’équité.L’article 4 du Code Civil dit que c’est un délit de justice si le juge refuse de juger en prétendant qu’il y ait lacune de la loi. Le Tribunal d’Arrondissement doit rendre justice même s’il n’y a aucun texte applicable. C’ est pourquoi notre droit devient complet. Il y a toujours un juge, un jugement. Il couvre l’intégralité de la vie économique et sociale.  **C) Les juridictions de contrôle :** Les juridictions de contrôle sont les juridictions qui contrôlent l’application de la loi et si les juridictions de fond et législatives ont bien fait leur travail Elles ne rendent pas de jugement sur le fond du litige, mais analysent seulement si certains pouvoirs dans l’Etat (législatif et exécutif) ont bien fait leur travail  Juridictions de contrôle au niveau national:Cour de cassationCour constitutionnelleJuridictions de contrôle au niveau international :Cour européenne des droits de l’homme (CEDH)Cour de justice des communautés européennes (CJCE) 1) La Cour de Cassation :  La cour de cassation existe seulement pour les Cours et Tribunaux de l’ordre judiciaire, ne connaît pas du fond du litige, que des pures questions de droit : la régularité de la procédure, la bonne application de la loi par les juges de fond (elle se borne à contrôler le droit fait par les juridictions de fond). La Cour de Cassation ne juge plus l’affaire, mais elle juge la décision prise sur l’affaire. Elle est le garant de la loi et a une compétence limitée. Les cas sont limitativement prévus par la loi du 18 février1885, appelée loi sur les pourvois et la procédure en cassation et modifiée à plusieurs reprises, en dernier lieu par la loi du 6 avril 1989. Cette dernière loi de modification est aussi appelée loi rendant à l’humanisation de la procédure de cassation. Avant cette loi la procédure devant la Cour de Cassation était tellement compliquée et difficile que seulement 1 sur 10 demandes a été acceptée.Article 3 de la loi du 18.2.1885 : «           (1)  Les arrêts et jugements rendus en dernier ressort, en ressort d’appel sont susceptibles. Avant de se pourvoir en cassation, il faut épuiser les juridictions de fond. Il faut que le fait et le fond aient été jugés complètement par les juridictions de fond. (2)  Les jugements rendus en dernier ressort par les juges de paix sont également susceptibles. Les jugements qui étaient rendu en premier et dernier ressort.  Donc le recours en cassation n’est ouvert qu’en cas d’appel ou en cas de 1ère et dernière instance. En plus si on a raté le délai d’aller en appel, alors le chemin vers la cour de cassation est également barré. La Cour de Cassation n’a pas non plus de compétence en matière d’ordre administrative. Elle ne peut juger qu’en matière d’ordre judiciaire. (3)  Moyens de cassations : violation de la loi, violation des formes substantielles ou violation des formes prescriptionrites à peine de nullité. (4)  Décisions de la Cour de Cassation :o   Recours pas fondé : arrêt rejetéo   Recours fondé : cassation de l’arrêt : renvoi devant la Cour d’appel ou évocation de la Cour de CassationEstimons que la Cour de Cassation fonde la demande en cassation, alors les décisions antérieures sont cassées, c.à.d. annulées. Or la Cour de Cassation ne se prononce pas alors sur le litige, mais le renvoie devant la juridiction d’appel constituée de manière différente. La Cour d’appel doit dans ce cas être composée d’autres juges. En cas d’exception, il y a évocation de la Cour de Cassation. Ceci n’existe que au Luxembourg et pas en France ou en Belgique. Alors la Cour de Cassation se prononce elle-même sur l’affaire et il n’y a pas de renvoi. Or ceci n’est pas souvent utilisé. Violation de quelle loi ? Dans quel sens faut il voir le terme loi ?Violation de loi veut dire violation d’un texte voté par la Chambre des députés. Le terme loi ne vise pas seulement son sens technique, mais aussi une violation de toutes les règles écrites. Cependant il ne faut pas oublier que la Cour de Cassation n’est pas compétant lorsque les juridictions de fond ont violé la jurisprudence, une coutume ou doctrine. Est-ce que toutes les décisions de dernière instance peuvent être remises à la Cour de Cassation ?En matière de cassation seuls les cas où la loi prévoit un pourvoi de décision devant la Cour de Cassation sont admis. La Cour de Cassation siège alors à 5 magistrats professionnels au Luxembourg. En plus en cassation il fout que les partis présentent des avocats, car il s’agit d’une procédure très formaliste. Or en France et en Belgique pas tous les avocats sont admis à déposer des mémoires à la Cour de Cassation. En Belgique 18 avocats ont cette compétence et en France +/- 50. Ces avocats sont appelés avocats à la Cour de Cassation. La raison d’être de ces avocats est la complexité des affaires. 2) La Cour constitutionnelle : La Cour Constitutionnellea été introduite en 1996 par l’ajout de l’article 95ter à la Constitution. Les juridictions de fond et la Cour de Cassation sont amenées à appliquer des lois (au sens formel du terme). S’il y a un avocat qui prétend qu’une loi invoquée est inconstitutionnelle, la procédure normale s’arrête et, avant que la juridiction ne se prononce, elle s’adresse à la Cour Constitutionnelle qui fait un arrêt répondant à la question de la juridiction. Avant l’introduction de la Cour Constitutionnelle les avocats devaient adresser cette demande de contrôle aux cours et tribunaux et ceci revenait à donner aux cours et tribunaux le pouvoir de juger sur le pouvoir législatif. Or il faut absolument la séparation des pouvoirs comme elle a été vue par Montesquieu Donc le législateur a créé la Cour Constitutionnelle pour contrôler la constitutionalité des lois et c’est pourquoi la juridiction de fond et la Cour de Cassation doivent se plier à l’arrêt de la Cour Constitutionnelle. Or il faut d’abord que la loi soit invoquée : recours passif. Elle ne peut que vérifier la constitutionalité des lois, mais il peut aussi y avoir irrecevabilité. Cette juridiction de contrôle a 2 aspects :Contrôle du parlement si celui-ci a respecté la supériorité hiérarchique des loisContrôle des cours et tribunaux qui eux n’ont pas le pouvoir de contrôle     3)    La Coureuropéenne des droits de l’homme (CEDH) : La CEDHsiège à Strasbourg. La CEDH a été créée par la convention de 1950 et ratifiée par le Luxembourg en 1953. La CEDH n’intervient pas dans le circuit national des juridictions (les décisions de la justice luxembourgeoises restent donc intouchées), et ceci concerne tous les pays membres (+/- 30). La CEDHa un rôle très particulier : Lorsqu’un justiciable estime que les droits que la CEDH lui garantit ne sont pas respectés (droits fondamentaux, droits de l’homme), il a la possibilité de saisir la CEDH, mais on ne peut qu’attaquer son Etat d’origine. Il n’ jamais la possibilité d’attaquer un autre parti que son Etat national. Ce recours devant la CEDH tend normalement vers 2 buts :Constatation de non-conformité de la loi devant droits fondamentaux de l’hommeRéception de la part de l’Etat des réparations de dommage et intérêt à cause de sa violation des droits fondamentaux de l’homme Est-ce que ce système fonctionne bien ?Oui, très bien même, car il existe au préalable une commission, appelée commission des droits de l’homme, qui doit être saisie. Cette commission est un intermédiaire, un filtre qui analyse si les cas sont fondés et acceptables pour être prononcés en CEDH. Cette commission est la garantie de succès de la CEDH. Les plaintes abusives et non-fondées sont rejetées dès le début. Est-ce qu’il y a eu de nombreuses condamnations des Etats ?Oui, plus au moins 100 Etats ont été condamnés. Et le Luxembourg ? Le Luxembourg aussi, il s’agit même d’un grand client de la CEDH. L’Etat luxembourgeois se fait condamner régulièrement. Il y a deus grandes lignes de reproche contre le Luxembourg :* Lenteur de la procédure judiciaire : les justiciables ont droit à un « fair trial ». Or certaines procédures prennent une dizaine d’années.

Conflits d’intérêt manifestes : Exemple de 2 cas :o   Affaire Procolao   Conflit d’intérêt entre le juge d’instruction qui peut aussi siéger comme juge dans la chambre criminelle Or la CEDH n’intervient que lorsque le justiciable a d’abord utilisé tous les recours internes.  4) La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) :  La CJCEsiège à Luxembourg-Kirchberg. Le droit communautaire/européen est un droit issu des fameux pouvoirs internationaux (traité de Rome, 1957). Tout le droit communautaire est immédiatement appliqué dans le droit national. Le juge national peut interpréter lui-même le droit communautaire, mais s’il ne veut pas le faire, il renvoie la question à la CJCE (question préjudicielle). Le juge national (et tous les pays-membres) est alors tenu de respecter ce que répond la CJCE en un arrêt. L’arrêt de le CJCE s’impose. La CJCE peut aussi arrêter la procédure si une faute a été commise dans l’interprétation ou application du droit communautaire.  Pour ces 4 juridictions de contrôle, Cour de Cassation, Cour constitutionnelle, CEDH et CJCE, il y a seulement une qui a véritablement le pouvoir de casser et c’est la Cour de Cassation. La Cour de Cassation est une sorte de 3e instance. Mais d’où provient alors le rôle de la jurisprudence ? Pour résoudre cette question il faut commencer dès le début d’un procès : Les cours et tribunaux constituent un pouvoir dans l’Etat (chapitre 6 de la Constitution articles 84 à 96ter) et participent à l’exercice du pouvoir. Mais comment participent-ils ? Ils ne participent certainement pas de façon générale, mais de cas en cas. Lorsqu’il y a un litige à traiter alors le pouvoir est exercé qu’en vertu de ce litige particulier. Une fois que les juges ont pris une décision en 1ère instance, les partis peuvent faire appel ou même aller en cassation.Or il y a un  moment où un jugement définitif s’impose aux partis. Ce jugement définitif constitue alors une loi entre les partis et a l’autorité de la chose jugée. Il s’impose aux partis, doit être exercé par les partis et si ceci n’est pas le cas, le recours à la force publique est possible pour le faire exécuter.    Est-ce que le jugement est alors source de droit ? Les jugements restent toujours des décisions qui sont prises dans un litige particulier, mais ne sont pas nécessairement une source de droit. Le problème qui se pose est celui de la relativité de la chose jugée. L’article 1351 CC parle de la force de jugement, mais aussi de la relativité des choses jugées, c.à.d. que la décision de justice n’a d’effet qu’entre les partis. Elle se limite aux partis et aux questions soumises aux juges. Il y a une double relativité.L’article 4 CC donne un autre principe de la relativité de la chose jugée, celui qu’un juge ne peut jamais se prononcer de manière générale. Il lui est interdit de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (sinon il violerait le principe de la séparation des pouvoirs --> il ferait un délit d’immixtion, réprimé par le CP). Une décision de justice même définitive reste toujours une décision d’espèce.Suite à la décision définitive, il se peut que si un tribunal s’est prononcé d’une certaine façon, qu’alors dans un cas similaire, l’affaire sera jugée exactement de la même manière. On appliquerait donc la « rule of precedant ». Or celle-ci n’existe que dans les pays anglo-saxons (à cause de l’equity) et non pas en France, au Luxembourg ou en Belgique. Dans ces trois derniers pays le juge doit juger à chaque fois de nouveau et peut décider, trancher le litige comme il le veut. Il y a donc absence totale de la « rule of precedant ».   Ainsi on doit conclure que le jugement, la jurisprudence, n’est pas une source de droit, car il existe dans nos pays deux principes qui le rendent impossible :La règle de l’espèceL’absence de la rule of precedant Néanmoins la jurisprudence est une source de droit. Pourquoi ?Même en présence de la règle de l’espèce et en absence de la rule of precedant, les cours et tribunaux ont tendance de juger dans des cas similaires de la même façon. Il y a 3 raisons :* Les juges ne peuvent pas réinventer la roue. Si le jugement antérieur a été bien fait, alors il est le mieux d’en faire une copie.
* Considération de la sécurité juridique et du traitement égalitaire des citoyens : la loi doit être la même pour tous. Il serait injustice de juger de manière différent pour deux cas similaires.
* Organisation hiérarchique des cours et tribunaux : p.ex. : de l’ordre judiciaire :

          Lorsqu’on a utilisé les différentes juridictions, on aboutit toujours à la Cour de Cassation qui elle se prononce pour une dernière fois sur un litige. Ceci a pour conséquence qu’on revient nécessairement à une vue unique des choses. La Cour de Cassation est en quelque sorte l’unificateur du droit vu qu’elle se trouve au sommet de la pyramide.  Le pouvoir des cours et tribunaux ne réside pas seulement dans le fait d’utiliser la loi, mais aussi dans le fait de pouvoir interpréter la loi. Ils peuvent l’interpréter de 2 manières : * « praeter legem » : ils jugent le long de la loi
* « contra legem » : ils jugent contre la loi

 Le juge a un pouvoir créateur de droit, parce que le législateur suit l’interprétation des lois des cours et tribunaux. Si cette interprétation plaît au législateur il laisse faire un changement de loi s’il le faut. Sinon quand l’interprétation lui déplait, il fait une modification de la loi pur que les cours et tribunaux n’ont plus cette possibilité d’interpréter la loi. Le juge précise et complète donc en quelque sorte le droit, surtout aussi parce que l’article 4 CC dit que le juge doit se prononcer. Le juge doit voir si une loi abstraite s’applique au cas soumis. Il élimine les contradictions dans la loi, car il doit se prononcer. Il adapte le droit à l’évolution des moeurs et des faits (préciser, compléter, adapter la loi).  Une source de droit est une source de règles générales et abstraites. Est-ce que la jurisprudence peut former des règles générales et abstraites ?De ce point de vue on doit clairement dire que la jurisprudence n’est pas une source de droit, parce qu’aucun juge ne peut créer une règle générale et abstraite. D’un autre point de vue la jurisprudence est un ensemble de décisions de justice qui vont toutes dans le même sens. Il s’agit d’une addition de décisions qui vont toutes dans des cas similaires dans une même direction. Une fois on arrive à une masse critique de décisions qui permet de dire que toutes les décisions sont les mêmes et qu’une seule exception sur 110 décisions par exemple ne change plus rien. Il est alors toujours beaucoup plus probable que le juge suit les 110 décisions et non pas la seule exception. Ainsi la jurisprudence devient moralement une source de droit. Techniquement elle ne l’est toujours pas devenue, car la possibilité qu’il y ait un revirement de décision est toujours présente.  **Section 4 : La doctrine:** **Définition :** La doctrine est la présentation orale ou écrite de la science du droit. C’est-à-dire une étude systématique et critique des différentes matières du droit. La doctrine doit d’abord être considérée comme un produit de la règle juridique. La doctrine lit, commente, analyse et explique les règles juridiques. Le phénomène de la doctrine est un phénomène très ancien. En suivant le droit romain, on remarque que celui-ci a toujours eu comme source principale le droit écrit (p.ex. : loi des 12 tables). Or le problème qui se posait très vite était celui que le droit écrit ne pouvait pas suivre les évolutions sociales, culturelles et économiques et ainsi on a dû commencer à l’interpréter. Il n’a jamais été modifié. Au début les seuls qui avaient le droit de faire ces interprétations étaient les prêtres, l’empereur, les juges etc., mais avec le temps une sorte de profession d’interpréter a été introduite : les juris consultes. Leur devoir était d’expliquer ce que les règles veulent exactement dire. Ces écrits, au cours du temps, sont devenus tellement important que même les juges s’inspiraient ou demandaient l’avis du juris consulte. Devenus ainsi indispensables, les juris consultes ont dû être nommés par l’empereur pour obtenir le « jus respondendi ». Seulement avec ce droit les juris consultes avaient le droit de donner réponse sur problème juridique que les juges devaient suivre par après. Ces décisions s’imposaient même pour des cas antérieurs. Ainsi la doctrine est devenue une véritable source de droit.   Quelle est la situation de la doctrine aujourd’hui ? Comment se présente elle de nos jours ?La doctrine se présente aujourd’hui normalement par écrit et elle peut s’exprimer dans des différentes catégories d’écrit :  * Traités juridiques : exposés systématiques de toute une matière de droit.
* Commentaires : explication de textes législatifs (en droit allemand on retrouve beaucoup de commentaires), annotations de différentes dispositions légales.
* Répertoires, encyclopédies de droit : la doctrine s’exprime normalement par noms clés (vont de A à Z).
* Monographies : études consacrées à un problème juridique particulier (souvent sous forme de livres).
* Articles : études courtes consacrées à une question juridique, publiées le plus souvent dans des journaux (p.ex. : Dalloz)

 Position de la doctrine actuellement :La doctrine reste très importante de nos jours, parce qu’il  n’y a presque aucun domaine où il ‘existerait pas de doctrine. Elle déjà intervenue partout. En plus elle a gagné de l’importance au moment où les dispositions de droit écrit sont devenues plus nombreuses et complexes. La doctrine est le là pour mettre de l’ordre dans le chaos juridique. En dernier lieu on peut dire qu’elle est importante, parce que, avant de juger, les cours et tribunaux lisent des commentaires de loi et sont ainsi influencés de la doctrine.     **Section 5 : Les sources extraordinaires de droit :**  **1) Les principes généraux de droit :** **Définition :** Les principes généraux de droit sont un ensemble de principes directeurs (« Leitsätze ») qui servent d’orientation dans l’application et le développement du droit.  Ces principes ne constituent pas de sources propres de droit, ne sont pas écrits et on ne peut les retracer en général (origine, date,...). Ils sont obligatoires, les citoyens doivent avoir l'intime conviction qu'ils sont le droit (affirmés par juridictions, souvent appliqués dans des règles de droit écrit). Au Luxembourg, la violation d’un principe général de droit n'est pas un moyen de cassation. Différence avec les coutumes: les coutumes concernent quelque chose de local, de restreint, limitée à un champ d'application précis. Un principe général de droit est cependant applicable à tous les citoyens. Or beaucoup de principes sont devenus des coutumes, mais une coutume n’est pas toujours un principe.Exemples :Principe de l’Etat de droit : La conséquence de ce principe est que l’Etat doit se soumettre à ses règles qu’il a fait lui-même. Or ce principe ne sert qu’à l’orientation et le développement des règles juridiques, mais n’en crée pas de nouvelles.Principe du bon père de famille : Il s’agit d’une ligne directrice laquelle doivent suivre certaines personnes en des situations déterminées. Ce principe illustre des obligations de règles juridiques préétablies : L’obligation d’agir de bonne foi etc. **2) Les sources anormales de droit :** **Définition :**Ce sont des écrits qui émanent des différents pouvoirs publics, de l’Etat, mais qui ne revêtent pas les formes d’un règlement général/d'une loi.  On parle alors d’avis, de communiqués, de circulaires, de directives. Quelle est la valeur juridique de ces sources anormales? En principe elles sont illégales et inopposables aux justiciables. Le pouvoir exécutif ne peut pas imposer le contenu de ces sources anormales. Mais la jurisprudence admet une certaine validité unilatérale de ces sources par le principe: « patere legem quem ipse fecisti » (« Toi tu dois souffrir la loi que tu as faite toi-même »). C’est une validité dans un sens unique: l’auteur ne peut pas imposer son contenu au justiciable, mais ce dernier peut l’imposer à l’auteur (Conseil d’Etat 5.11.1980, ONS, Bull.doc.com 21, 203).On les retrouve surtout en matière fiscale et en matière de sécurité sociale, où leur quantité dépasse de loin celle des lois régissant ce domaine.Exemples :Administration fiscaleCommission de surveillance du secteur financier Motions parlementaires   L'administration émet ces règles dans deux buts: Les règles juridiques sont difficiles à appliquer en pratique, alors l’administration donne des règles d'interprétation aux fonctionnaires.L’administration veut donner sa propre interprétation à des lois et règlements créés par le législateur. Or comme l'interprétation n'est pas le rôle des administrations, les juridictions sont si restrictives en ce qui concerne ces règlements internes. **3) Les sources autonomes de droit :** Les sources autonomes s’opposent aux sources autoritaires (loi, règlement général, ...). La source autonome est une règle juridique qui émane d’une corporation, qui se donne elle-même des règles. Le droit reconnaît les corporations (= organisation d’individus, par exemple les sociétés commerciales, l’ASBL, les organismes du secteur social, les ordres professionnels, ...). Le législateur a donné à ces corporations la possibilité d’imposer des règles (internes, peuvent même être coutumières) à ses membres, mais uniquement aux membres. Ils existent même des cours et tribunaux internes à la corporation, responsables en matière de règles créées par la corporation, et que les cours et tribunaux normaux doivent respecter puisqu'il s'agit d'une source de droit autonome; ils n'y sont pas compétents. Art.26 Cst: Sur base de cet article on peut former une association et on celle-ci peut même se doter de règles d’association internes. On est donc libre de joindre comme membre une corporation ou de créer une corporation. Les membres sont liés par les règles et les décisions prises par les corporations. Le fait d’être membre oblige à respecter des règles juridiques émises par les organes de la corporation. La corporation jouit d’une autonomie réglementaire envers ses membres. Elle peut imposer et sanctionner des règles à l’intérieur de l’organisation (dans le domaine sportif il y a beaucoup de juridictions internes). On parle de « self regulation ».Ces règles sont soumises à deux grandes conditions: les règles doivent être établies selon une procédure qui donne une validité à la prise de décision des organes.Tout ce que la corporation décide doit être conforme aux bonnes moeurs. **Définition :**Ce sont des règles juridiques élaborées de façon autonome qui peuvent être conférées à certaines personnes de pouvoir vis-à-vis d’autres personnes.  Exemple : Société anonyme (SA) : les fondateurs font des règles, font le statut de la société, mais ils sont aussi soumis à ce statut et doivent le respecter. **4) La soft law :** **Définition :** Il s’agit d’un ensemble de lignes directrices, de recommandations qui sont formées soit par des autorités nationales soit par des organisations professionnelles soit par des organisations non-gouvernementales soit par des organisations internationales à l’attention des justiciables pour leur imposer un certain comportement. Exemple : Une grande firme multinationale avec une importance économique a toujours comme but de maximiser son profit. Or il se peut qu’il y ait des endroits sur la terre où elle peut revenir le plus facilement à cet objectif, parce que par exemple les coûts de travail y sont moins élevés etc. Dans ce cas, il se peut qu’elle déplace sa production sur le territoire envisagé, mais elle dit aussi se rendre compte qu’il se peut qu’il y ait des organisations qui leur disent qu’elles doivent également considérer la protection de l’environnement etc. Il ne s’agit là pas de règles qui sont imposées à la firme, mais des recommandations qui sont le plus souvent rédigées sous forme de codes de standards minima de respect et de protection. Les multinationales ne doivent pas respecter ces codes, mais elles le font de plus en plus souvent, car elles ont mauvaise conscience en ne le faisant pas.         ***Sous-chapitre 2 : Les sources internationales de droit***  L’origine de la source n’est plus nationale, mais elle provient soit d’un autre Etat soit d’un arrangement supranationale (arrangement selon lequel des règles juridiques peuvent être créées sans recours aux sources nationales).    **Section 1 : Sources nationales d’un autre Etat :** Une source nationale d’un autre Etat n’est pas concevable en principe en raison de :La souveraineté nationale : Seul l’Etat national a le droit d’émettre des règles juridiques sur le territoire luxembourgeoisLa territorialité des lois : Les règles émises ne sont applicables que sur le territoire où elles ont été émises.      Or il existe deux exceptions :Principe de la personnalité des lois : voir article 3 du Code CivilCertaines lois belges sont applicables sur le territoire luxembourgeois. Cette exception est typique pour le Luxembourg et vise que certains cas spéciaux dans lesquels on applique sur le territoire luxembourgeois des lois belges. Il s’agit exactement de 2 cas :o   Législation douanière o   Assises sur le tabac et l’alcoolLa raison de cette exception est l’UEBL de 1921 (union économique belgo-luxembourgeoise)       **Section 2 : Traité international :** Un traité international est un acte juridique bilatéral ou multilatéral.       Le traité est un acte juridique qui relève de la technique contractuelle (technique juridique qui utilise le contrat comme acte juridique), acte de manifestation de volonté. Les partis eux-mêmes prennent en charge leurs actes et s’y soumettent volontairement. Le traité est donc aussi un contrat de volonté, entre 2 ou plusieurs sujets internationaux, dans le but de produire des effets juridiques.Sujets internationaux sont les organisations internationales, les confédérations internationales et surtout les Etats (tous égaux en droit public international, donc souverains). Il se soulève une question : Qui a l’initiative de créer, de conclure le traité?         Au Luxembourg (art.37 al 1er, 1ere phrase): Le Grand-Duc fait les traités, c.à.d. le gouvernement. Pour les négociations, l’initiative est prise par le Gouvernement, surtout par le Ministre des Affaires Etrangères. Le Gouvernement envoie des fonctionnaires, qui portent le titre de Ministres plénipotentiaires, pour faire les négociations, pour établir un avant projet. Lorsque ce texte est établi il y a l’étape du paraphe. Les négociateurs du traité mettent leur paraphe sous le traité rédigé.Le traité est alors discuté au Conseil de Gouvernement. Le traité est signé au nom du Grand-Duc ou par le Grand-Duc. Lorsque le traité est signé, le traité est fait. A ce moment, le traité lie déjà l’Etat. Mais le traité n’est pas encore en vigueur envers les citoyens de l’Etat. Le traité ne rend d’effet envers les citoyens qu’au moment où la procédure de ratification est terminée (art.37, 2ème phrase): approbation par la loi de ratification et publication. Le pouvoir législatif doit approuver ce que le pouvoir exécutif a décidé.La différence fondamentale entre l’approbation d’une loi et d’un traité: Les députés ont le choix d’adopter le traité ou de le rejeter en bloc. La modification ou l’approbation partielle n’est pas possible. Or quoi faire en cas de non-compatibilité du traité avec la Constitution ? Article 95ter Constitution : Le parlement ne peut pas arrêter la ratification d’un traité contraire à la Constitution à cause de l’alinéa 2 de l’article 95ter : « …. à l’exception des lois qui ratifient un traité. »  Conséquences de la ratification:Les citoyens peuvent invoquer le contenu du traité contre un autre citoyen. L’Etat peut invoquer le contenu du traité contre ses citoyens. Il s'agit alors d'une véritable source de droit, d'origine internationale. Ils existent des traités multilatéraux (entre plusieurs Etats) et bilatéraux (entre 2 Etats : p.ex.: Un belge possédant un immeuble au Luxembourg devait payer des impôts en Belgique et au Luxembourg avant la réalisation de ce traité, mais maintenant il ne paye plus que dans son Etat de résidence)  Conséquences de la signature:Les citoyens peuvent invoquer le contenu du traité contre leur Etat, sous condition que le traité ait un effet direct. Il y a effet direct si la disposition peut être appliquée à l’intérieur de l’Etat sans mesures d’exécution.L’Etat peut invoquer le contenu du traité contre un autre Etat.Le contenu des traités et donc de la règle juridique s’applique dans le droit luxembourgeois à partir de la ratification. Le traité international a ainsi un aspect de droit international mais aussi de droit national.  **Section 3: Les pouvoirs internationaux :** Section 4 Chapitre III Constitution articles 32-49bis :Article 49bis Constitution : Les 3 pouvoirs de l’Etat (pouvoir exécutif, législatif et judiciaire) : l’exercice de ces trois pouvoirs peut être dévolué temporairement à des pouvoirs internationaux par des traités internationaux.          Le fait que la dévolution doit être faite par un traité international entraîne l’obligation de la présence d’un deuxième Etat contractant. Par ce traité, les pouvoirs internationaux, institutions internationales reçoivent alors une partie des pouvoirs des pouvoirs des Etats contractants et remplacent ainsi dans ces matières la souveraineté nationale par une souveraineté internationale. Ils forment une sorte de 4ème pouvoir de l’Etat, lequel est composé de nouveau d’un pouvoir judiciaire, législatif et exécutif.  Ce transfert de pouvoirs se fait par un traité. Une fois que le traité est conclu, l’institution internationale va pouvoir émettre ses propres normes, normes qui sont immédiatement et directement applicables au territoire du Luxembourg, sans ratification. Il y a une autonomie des institutions internationales. Différence entre le traité international et les règles émises par les institutions internationales:Les règles du traité sont seulement applicables après leur ratification et leur publication. Chaque fois que le traité est modifié, il doit être de nouveau ratifié par une loi nationale. Dans le cas d’une institution on a cependant plus besoin d’utiliser l’article 37 de la Constitution.  Le traité qui transfert le pouvoir est un traité très spécial. Il opère un transfert de pouvoir, qui a deux limites: il n’est que temporaire et partiel (transfert de certaines attributions). Après la procédure, il y a publication des règles juridiques dans un journal à part, le JOCE. C’est pourquoi une publication au territoire national n’est plus nécessaire. Exemple d’un tel traité: traité de Rome de 1957, créé par CEE (aujourd’hui UE). Il existe des différents moyens pour légiférer dans les pays membres de l’UE :DirectiveRèglementDécision   ***Sous-chapitre 3: La hiérarchie des normes :***  Le problème des normes est qu’il en existe un nombre infini provenant de sources différentes et qui sont parfois en contradiction ou en conflit. La question qui se pose à cet égard est celle : Quelle norme doit appliquer le juge ? Si on suppose que toutes les normes sont équivalentes, o n’arrive pas à résoudre le problème. C’est pourquoi on peut jeter un coup d’œil sur la jurisprudence qui donne une série de réponses : La hiérarchie des normes. La hiérarchie des normes aboutit à dire que toutes les normes sont équivalentes, mais qu’en cas de conflit une l’emporte sur l’autre. Mais quels critères faut-il suivre ? Il faut suivre la nature de la source des normes et cela en plusieurs étapes de la jurisprudence. Le conflit entre 2 normes dont l’une a comme origine une source nationale et  l’autre une source internationale Ce conflit a toujours été résolu par la prééminence de la source internationale sur la source nationale. Cette règle a été affirmé et confirmé par la jurisprudence. A la fin du 19eme siècle, on voit surgir un conflit, qui n’est apparu au grand public qu’après la deuxième guerre mondiale, un conflit précisément entre ces deux sortes de normes.En droit luxembourgeois, ce conflit a déjà été réalisé à la fin du 19eme siècle. La jurisprudence luxembourgeoise a toujours opté pour la prééminence du droit international en cas de conflit de la norme internationale sur la norme nationale. La jurisprudence a justifié cette décision par la règle de l’interprétation :Lorsqu’il y a une norme d’origine internationale alors un Etat contractant a pris vis-à-vis des autres Etats contractants des engagements. Si on émet plus tard une norme nationale contradictoire,  l’Etat a violé ses propres engagements internationaux. Or cela n’est pas possible, on ne peut pas faire cela ! S’il y a un tel conflit on doit préciser que la norme internationale n’a pas voulu violer la norme nationale et ainsi la source internationale est supérieure à la source nationale.(Le juge luxembourgeois a présumé que le législateur n’a jamais voulu violer ses engagements internationaux. Art.37 Const. Même si ce n’est pas le cas, on présume que le législateur postérieur n’a pas voulu contredire ses engagements internationaux. En cas de conflit, la norme internationale sera appliquée.)Règle de l’interprétation contenue dans l’arrêt :**→**Cass. 13/06/1880, Par. II, p.621 Or les esprits ont évolués, la jurisprudence tout en maintenant cette règle, la renforçant même, l’a pourtant changée.Vers la moitié du 20ème siècle, 1954, après la deuxième guerre mondiale, les pays européens se sont engagés dans de plus en plus de traités internationaux, en majorité multilatéraux. La potentialité de conflits entre cette sorte de normes est devenue de plus en plus grande. Les Cours et Tribunaux ont décidé de faire table rase, en disant que la nature du droit international fait primer le droit international au droit national (qu’il n’y avait plus besoin de justification).**→** Arrêt Pagani Cass. 14/07/1954, Pasicrisie XVI, p.150 : Il s’agissait d’une affaire de douane au Luxembourg. Le Luxembourg n’avait pas de droit douanier propre vu que le Luxembourg faisait alors partie de l’UEBL (Union économique Belgo-lux.) > loi générale belge de 1831. Pagani avait importé certaines marchandises et à la douane, on lui avait alors demandé des taxes. Mais Pagani disait qu’il refuse de payer ces taxes en se basant sur le fait que le droit luxembourgeois ne prévoyait pas une telle règle. Mais, à la fin, la norme de la source internationale a prévalu. La jurisprudence avait alors déjà essayé de donner une prééminence au droit international, sans qu’aucune justification ne soit donnée.[Le droit douanier luxembourgeois a une origine internationale.] En Belgique, la question de la primauté du droit international était acceptée par la majorité de la jurisprudence, mais il n’y avait pas d’arrêt de principe. C’est seulement en 1971 que la Cour de Cassation de Belgique s’exprime.**→**Cass. 27/5/1971, la Ski, JT 1971, p.460. : Il s’agissait d’une affaire d’importation de fromage français vers la Belgique. La Belgique protégeait en ce temps encore son fromage, même si le traité de Rome prévoit la libre circulation de marchandises entre les Etats membres.Dans cet arrêt deux grands principes sont posés: La règle établie par un traité international l’emportera sur le droit national. Cela résulte de la nature même du droit international qui est donc de nature supérieure au droit national. Condition : Cela ne vaut que si la règle internationale a un effet direct sur le droit national.La loi postérieure ne peut pas déroger à une loi antérieure si celle-ci sort d’un traité.Un traité est fait par le pouvoir exécutif. Le pouvoir législatif ne peut jamais modifier les règles d’un traité international. Cela présente un danger potentiel des normes d’origine internationale, mais cela a aussi des aspects positifs. Les français ont résolu le problème partiellement par leur Constitution (Art.55 Constitution Vème République). Elle a prévu une règle qui prévoit des conditions assez strictes pour la supériorité de la source internationale.Dans certaines circonstances la Constitution prévoit cette prééminence du droit international au droit national. La Cour de Cassation s’est prononcée dans une affaire de café. **→** Cass. 14/5/1975, Café Vabre; JT 1975, p.496. Résultat : Le droit communautaire prévoit un ordre juridique propre supérieur à la loi nationale, un ordre juridique qui doit s’appliquer même si les conditions de l’article 55 ne sont pas remplies.En matière administrative les Cours et Tribunaux ne se sont pas encore prononcés en faveur de la prééminence du droit communautaire. Il n’y a aucune règle de droit écrit, mais c’est la jurisprudence qui a émis cette norme (qui est pourtant réversible). La Cour de Cassation n’a pas besoin de motiver ses arrêts.En cas de conflit : La source internationale remporte la norme d’origine nationale. Dans le système national on observe une certaine hiérarchie, qui n’est pas établit de façon systématique.   Conflit entre deux normes qui ont toutes les deux une source nationale :Lorsqu’il y a un conflit entre deux normes de source nationale, le droit luxembourgeois prévoit 6 règles:La constitution prime toutes les autres règles. Prééminence absolue des règles constitutionnelles sur toutes les autres (art.95ter Cst.)Il y a prééminence de la loi au sens formel du terme, sur une règle juridique qui provient d’une loi, sur toutes les autres normes.Le règlement général ordinaire est évidemment soumis à la loi, sauf les règlements généraux qui sont des règlements de pouvoirs spéciaux, qui elles sont équivalentes aux lois. Il y a prééminence du droit écrit sur la coutume.Il y a prééminence des normes émises par le pouvoir central sur les normes émises par le pouvoir local. (On a beaucoup d’exceptions, notamment en ce qui concerne des États fédéraux et la règle de la subsidiarité.)Il y a prééminence des règles provenant d’une source publique sur les règles des sources autonomes.  S’il y a un conflit entre des règles quelle que soit sa source c’est la constitution qui prime !1ière règle : La constitution est la norme supérieur dans l’Etat. C’est d’elle que découlent tous les pouvoirs dans l’Etat et elle règle la puissance souveraine.La nature même de la constitution justifie sa prééminence. 2 arrêts de principe ont été rendus: Cass. 26/5/1929 et Cass. 21/11/1919, Pasicrisie, Tome XI, p.72.  Ces arrêts ont déclaré les Tribunaux incompétents pour décider si une loi est contraire à la constitution ou à un traité international (ils doivent dans tous les cas appliquer les lois).Pourquoi est-ce que ces deux arrêts ont été rendus? D’abord la Cour de Cassation avait l’exemple de la Belgique qui statuait toujours ainsi. Ensuite en 1919, 1920 le Luxembourg était en pleine crise constitutionnelle. Civ. lux 21/11/1962, Pasicrisie XIX, p.41: Justification : Même si les tribunaux sont autorisé à refuser si une norme n’est pas conforme aux lois, ils n’ont pourtant pas le droit de les écarter ,ils n’ont pas à juger la loi elle-même. Les tribunaux sont incompétent pour décider si une loi est contraire à la Constitution. Le tribunal d’arrondissement se rallie à l’idée de dire que vu que la Constitution ne lui a pas donné le pouvoir de contrôler la constitution, elle ne l’a pas. La mission du juge se borne à juger selon la loi et non pas de juger la loi elle-même.            [Insécurité complète de la jurisprudence: elle peut changer à tout moment       1984 : Revirement total de la jurisprudence  Trib. d’Arr. Lux., Civ., 11/7/1984, Poos/État, FSY 59, p.46.   Les circonstances de fait de ce jugement. :Fin des années 70 et début des années 80, Poos (profession :notaire),était notaire à Esch s/Alzette. A cette époque, les notaires étaient nommés à vie. Le 9/12/1976, la Chambre des Députés a voté une loi qui introduit une limite d’âge qui est de 72 ans pour les notaires. On interdisait au notaire Poos de signer des actes à Esch, vu qu’il avait dépassé cette limite d’âge. Poos a assigné l’État en justice en disant que l’État avait violé la Constitution avec cette loi dans laquelle on parle du droit de travail (Art.1l Al.4 Const.). Poos a perdu son procès, mais la thème du contrôle de la constitutionnalité des lois a été rediscuté.( L’Etat s’oppose à Poos : irrecevabilité de la demande car sinon on devrait contrôler si la loi est conforme à la Constitution ou bien la Constitution est supérieur aux lois.)  On a débouté Poos de sa demande et on a justifié cette décision en disant qu’autrement il faudrait procéder au contrôle de la constitutionnalité de la loi. Le tribunal d’arrondissement a dit que puisque les Cours et Tribunaux contrôlent la conformité de la loi nationale postérieurs au traité international et puisque ce dernier résulte de la Constitution pourquoi ne pas contrôler la conformité de la loi à la Constitution. Ce serait illogique.C’est pourquoi on a décidé de contrôler la conformité de la loi à la Constitution (Président Weizel, Maître Ravarani)On a porté Appel à ce jugement. La Cour d’Appel s’est prononcée le 9/12/1988 sur ce problème. La Cour d’Appel, le 19/12/1988, Bernard/État, FSY 64, p.52. La Cour d’Appellois dans son programme politique.On a modifié la constitution luxembourgeoise par la loi du 12/7/1996. On y a introduit l’article 95 ter, qui introduit le contrôle de la constitutionnalité des lois. On a accordé ce pouvoir à un organe juridictionnel spécial, qu’on a créé, la Cour Constitutionnelle.La composition de la Cour constitutionnelle Al.3: Le président de le Cour Supérieure de justice (Cour de Cassation), le président de la Cour administrative, 2 conseillers de la Cour de Cassation et 5 magistrats nommées par le Grand-Duc. -> 9 magistrats, mélange assez spécial, qui a qch de bon: on a évité des nominations politiques directes. Ce sont des nominations techniques. (5% de tous les magistrats au Luxembourg seulement sont nommés par le pouvoir politique.) La Cour Constitutionnelle rend des arrêts juridiques. La ire chose que la Cour Constitutionnelle a faite: elle a déclaré inconstitutionnelle les règlements ministériels.a priori (Conseil d’État, Conseil const. en France)  ***Titre II : Le droit subjectif***   ***Chapitre 1 : Le pouvoir de droit***  Rappel : En droit il existe la distinction entre le droit subjectif et le droit objectif. Le droit subjectif est une prérogative que l’individu tire de la règle juridique. Il s’agit d’une prérogative, d’un pouvoir de se comporter d’une certaine façon vis-à-vis de l’objet dont on a la prérogative et vis-à-vis de tous les tiers. Or pour pouvoir donner une définition précise de cette prérogative, il faut tout d’abord étudier les composantes du droit subjectif. Ce sont 4 éléments : * **Sujet:**

Chaque droit subjectif a nécessairement un sujet, un titulaire. Le titulaire a un droit sur une chose, donc le titulaire du droit subjectif est celui qui a le droit subjectif (p.ex. : propriétaire a le droit de propriété).Or il faut faire attention, parce qu’il existe une distinction entre avoir un droit et l’exercer, une distinction entre être titulaire d’un droit et exercer un droit. En général, quelqu’un qui a un droit peut aussi l’exercer le droit. Exceptions : p.ex. : Les enfants mineurs peuvent avoir un droit, mais ils ne peuvent pas l’exercer, de même pour les majeurs sous tutelle et les incapables. Il y a des exceptions prévues par la loi (représentation légale) et des exceptions prévues par un contrat (conventionnelle).Exemple-type de la représentation légale (obligatoire): les incapables, ils ont un représentant qui exerce leur droit.Exemple-type de la représentation conventionnelle: le mandat (les parties décident elles-mêmes d’y recourir).Une autre distinction est celle lorsque le droit subjectif découle du droit privé ou lorsqu’il découle du droit objectif. (Théorie des droits subjectifs). Un droit subjectif venant du droit privé est appelé pouvoir ou prérogative quant au droit subjectif découlant du droit public est appelé compétence. * **Objet:**

L’objet est le bien, la valeur, sur laquelle porte le droit subjectif. L’objet forme l’enjeu du droit subjectif. Livre II du CC: Des biens. Les choses peuvent être des choses corporelles (chose mobilière ou immobilière) et incorporelles (p.ex. : créances, brevet et invention, droit électoral). * **Relation entre le sujet de droit et l’objet de droit :**

Cette relation entre le sujet et l’objet est une double relation. Le droit subjectif est une relation interne du sujet avec l’objet et est le lien exclusif d’appartenance ou de maîtrise (on peut décider exclusivement ce qu’on va faire de son droit). Le sujet est maître de l’objet et lui appartient dans un sens très large.Mais la relation est également externe, par rapport à tous les autres sujets de droit qui existent : C’est une relation protégée vis-à-vis des autres sujets de droit. Chaque droit subjectif crée un lien d’obligation en vertu duquel les autres sujets de droit doivent respecter le droit subjectif d’une personne. Le pouvoir de l’un crée un devoir pour les autres. Le droit subjectif reprend toutes les prérogatives qu’on peut exercer (propriété: usus, fructus, abusus). En principe on dit que le droit subjectif est **opposable** aux tiers. * **Protection :**

Il y a quelque chose qui protège la relation entre le sujet de droit et l’objet de droit. Cette quelque chose est le droit objectif, qui protège la relation à partir du moment où elle est menacée. (P.ex. : art.2279 CC : action en revendication). La protection est une sanction du droit subjectif, élément de contrainte, organisée par le système juridique. Il s’agit là du droit subjectif proprement dit: le titulaire est actif, il peut revendiquer son droit suite à une violation d’une règle de droit. Cet élément de protection emmène à l’origine du droit subjectif qui est le droit objectif. La sanction passe par le droit objectif, c.à.d. le droit objectif donne au droit subjectif les moyens de sanctionner. Sans cet élément de protection que donne le droit objectif au droit subjectif ce dernier ne pourrait exister.Il s’agit d’une prérogative concédée par l’ordre juridique et sanctionnée par l’ordre juridique. En cas d’abus de droit, la protection disparaît (art. 6bis CC). La conclusion de ces 4 éléments est que le droit subjectif procède du droit objectif et doit avoir recours à ce dernier pour se protéger en cas d’usurpation ou de violation.  Code Napoléon de 1804 : Titre III, Livre III CC: Obligations, art. 1101- 1386 :L’obligation et la dette sont les images miroirs des droits subjectifs. On peut avoir une obligation de faire ou de ne pas faire qqch, être contraint à remplir son obligation. C’est la contrepartie des droits, il s’agit là de l’approche passive du terme droit subjectif. * Droit subjectif : Ce qui est un droit subjectif pour l’un est une obligation pour l’autre. P.ex. dette: obligation: c’est sur le débiteur (sujet) que pèse la contrainte (objet).
* Objet : Dans l’optique d’un tiers l’objet reste le même. L’enjeu du droit subjectif est le même que l’enjeu de l’obligation.
* Relation : La relation devient dans l’optique d’une obligation quelque chose que le débiteur doit au titulaire du droit subjectif. Or que peut-on devoir ? On ne peut devoir que 3 choses :
	+ Donner
	+ Faire
	+ Ne pas faire
* Protection : La protection devient alors une contrainte. On est forcé à remplir l’obligation.

           Le législateur prévoit quelque part la théorie générale des droits subjectifs. In extendo elle est dans le Code Civil. Or où ? Dans le troisième livre chapitre « Sur obligations » en général. En quelque sorte ceci est pervers, parce que le Code Civil parle des droits subjectifs de façon passive, il utilise le terme obligation. (!!!!!!!) Une approche analogue peut être observée dans le droit pénal qui lui parle de tout ce qu’il ne faut pas faire et non de ce qu’il faut faire.  Le droit subjectif existe-t-il quant à lui seul ou existe-t-il encore des notions qui s’apparentent? Est-ce qu’il existe encore quelque chose entre ne pas avoir un droit subjectif et en avoir un ?Oui. Une notion en droit moins forte que le droit subjectif est l’intérêt (= ce qui est utile pour quelqu’un, ce qui importe pour quelqu’un). L’intérêt se trouve entre le droit et le non droit pleinement développé. Le droit subjectif est toujours une prérogative qui est sanctionnée. Quant à l’intérêt, il ne s’agit pas encore de droit complet, ms d’une notion plus floue, qui peut parfois avoir une conséquence juridique et qui est alors protégée comme un véritable droit subjectif. 3 exemples d’intérêts :* On dit que les syndicats défendent les intérêts de ses membres. Les syndicats possèdent ce pouvoir et font alors quelque chose de légitime, mais la prétention d’avoir plus de salaire et moins de durée de travail ne sont pas un droit.
* Droit de la procédure : Prenons par exemple une personne qui a eu une autorisation de construction d’une tour de trente étages au plein centre d’une ville. Même si cette construction est contraire au plan d’aménagement du village, la personne a eu l’autorisation. Sachant ceci le voisin de la future tour et le président de l’association contre les tours, habitant un autre village, font recours devant le tribunal administratif. Le voisin avec son recours aura raison quant au président de l’association n’en aura pas. Pourquoi ? Le voisin lui il a un intérêt dans l’interdiction de construction de la tour et le président pas. Pour pouvoir agir en justice il faut toujours avoir un intérêt.
* Conflit d’intérêt est un dernier exemple : un avocat ne peut accepter la défense d’un client lorsqu’il est d’une manière ou d’une autre impliqué dans la même affaire.

 Corrélation entre le droit objectif et le droit subjectif: 2 questions :Est-ce que toutes les règles juridiques entraînent nécessairement un droit subjectif ?Est-ce que le droit subjectif doit toujours se baser sur une règle de droit ?Il existe des règles qui ne contiennent pas de droit subjectif. Dans ce cas on parle de règles de pure disposition (p.ex.: art.1 Constitution). Mais, a prioiri, le droit subjectif doit découler d’une règle juridique préexistante. Tout droit subjectif doit avoir un fondement dans la règle juridique. Exceptions ? ½ Exception :Art. 11 al. 3 Cst : les droits naturels, les droits innés à l’homme. Il se peut que ces droits, qui sont des droits subjectifs, reposent sur des droits naturels, mais il faut aussi ajouter que le droit naturel n’est pas reconnu comme un droit. Or les droits naturels préexistaient par rapport à la Constitution, ils sont en dehors des rouages de la Constitution. Un autre exemple pour cet article qui constitue une demi exception est la théorie des obligations naturelles.   ***Chapitre 2: Les sujets de droit***  3 concepts :* Sujet de droit : un sujet de droit est un titulaire d’un droit subjectif. C’est une notion concrète, un titulaire d'un droit bien déterminé (défini).
* Personne : le mot personne a son étymologie dans l’expression « per sonare », ce qui veut dire parler, sonner à travers (> théâtre, la voix des acteurs sonnait à travers les masques, acteur qui parle à travers son masque au public). En droit cela veut dire qu’une personne devient un être à travers lequel sonne un droit subjectif. Une personne est un sujet: elle peut être titulaire de n’importe quel droit subjectif, elle est susceptible de tous les droits subjectifs ou d’une partie des droits subjectifs de ce monde. Une personne est donc tout individu apte à participer à la vie juridique, toute personne susceptible d’être sujet de droit ou débiteur d’obligations. La personne est un sujet de droit potentiel.
* La personnalité juridique : la personnalité juridique est l’aptitude à être une personne, donc à être titulaire de droits subjectifs et donc à être ou devenir un sujet de droit. Être apte à exercer les attributs fondamentaux de droits (sujet de droits, débiteur d’obligations) est une condition indispensable pour participer à la vie juridique.

La grande différence entre le sujet de droit et la personne est qu’une personne est une personne abstraite contrairement au sujet de droit qui lui est une notion concrète. Le Code Civil a voulu définir les personnes et a logiquement intitulé son premier livre "Des personnes"(Art. 7-515 CC). Pour nous, une personne est un être humain: ce qui est exacte pour l’époque de naissance du Code Civil, mais aujourd’hui il y a d’autres personnes qui peuvent participer à la vie juridique, comme p.ex. L’Etat, les sociétés, les fondations,… en ce cas on parle de personnes morales à opposition des personnes physiques.Personnes morales: groupements qui peuvent participer à la vie juridique, personnes synthétiques, artificielles, fabriquées par la loi.Personnes physiques: êtres humains en chair et en os.      Section 1: Les personnes physiques  **Définition :** Les personnes physiques sont les êtres humains en chair et en os. En droit romain et en droit français classique les êtres humains étaient la seule catégorie de personnes qui pouvaient participer à la vie juridique et c’est pourquoi au Code Civil on parle des personnes sans distinction. 2 corollaires : Est-ce que tous les êtres humains ont la personnalité juridique ? Tout être humain a la personnalité juridique par le simple fait de son existence.Est-ce que tout le monde a la même personnalité juridique ? Oui. Tout être humain a la personnalité juridique et en a la même. A ces 2 principes, il n’y a  jamais des exceptions, mais il existe pourtant des arrangements :* La durée de la personnalité juridique : Quand la personnalité juridique des êtres humains commence-t-elle à exister et jusqu’à quel moment va-t-elle durer ?

      Le droit suit la biologie, c.à.d. il commence avec la naissance et finit avec le décès.  Aménagements ? Est-ce que la vie juridique commence véritablement avec la naissance ? Le moment de la naissance est la date et l’heure. Ce qui nous intéresse est le volet civil de cette question et donc pas l’embryon p.ex. qui fait partie du droit pénal.Oui il existe, quant au début de la personnalité juridique, un aménagement qui dit que le début de la personnalité juridique peut commencer déjà avant la conception, c.à.d. avec la conception de l’enfant. Or cet aménagement n’est valable que si c’est à l’avantage de l’enfant (« Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur ») et s’applique surtout en droit successoral. La période légale de conception est généralement définie comme étant au maximum  300 jours et au minimum 180 jours avant la naissance de l’enfant.  Le décès de l’individu met fin à la vie de l’être humain (n’existe plus, donc ne peut plus faire des actes juridiques et ne peut plus manifester sa volonté, ne peut plus agir). Après le décès est-ce que certains aménagements permettent une prolongation de la durée de la personnalité ? Au niveau patrimonial on parle de la règle « de cuius hereditur » (« celui dont on hérite »). Au moment du décès il y a un transfert universel du patrimoine du cuius (défunt) sur l’ensemble de ses héritiers : tout le patrimoine actif et passif passe de plein droit aux héritiers. Le «cuius» n’a plus rien. Tous les biens sont transférés sans que personne ne doive être informé, ni être d’accord. C’est le cas même si on ne sait pas, au moment du décès, qui sont les héritiers. Pour sortir de cette indivision, il faut procéder à un partage. Le transfert est automatique. Ancien adage : «Le mort saisit le vif.». Le simple fait du décès entraîne que les héritiers sont touchés par le patrimoine du décédé. Art.718 CC fr./lux.: les successions s’ouvrent à la mort.Au niveau personnel il va de même sauf que le droit à l’image et le droit à la réputation continuent à être attachés au défunt.  * Les animaux n’ont pas la personnalité juridique, car dans l’analyse juridique, l’animal est un objet, un bien. Ils sont pourtant protégés par la loi. On ne peut pas faire un testament en faveur d’un animal, p.ex. d’un chien, car ils ne peuvent pas hériter (sauf en G.-B.).

 * Les  étrangers:

Est-ce que les étrangers ont sur le territoire luxembourgeois les mêmes droits et lois que les luxembourgeois ? Les étrangers n’ont pas les mêmes droits et lois.Etranger est une notion liée à la notion de nationalité : La nationalité est un des 4 modes d’identification de la personne juridique (nationalité, état civil, domicile et nom) et est en plus le lien juridique entre les citoyens d’un Etat et l’Etat. Ce lien est établi ou bien par le sol ou par le sang et certains droits sont liés à la nationalité. La nationalité est une notion relative. Il y a en principe autant de nationalités que d’Etats. La notion d’étranger est aussi un concept relatif. Un Luxembourgeois est celui qui a la nationalité luxembourgeoise. Les étrangers sont tous ceux qui n’ont pas la nationalité luxembourgeoise. Un étranger est, par rapport à un Etat déterminé, une personne qui n’a pas la nationalité de cet Etat-là. Le statut de l’étranger est tel qu’il a moins de droits qu’un luxembourgeois. Jusqu’il y a quelques siècles, il était évident que les étrangers n’avaient pas le même statut que les nationaux. Il s’agit d’un phénomène historique. En droit romain, par exemple, il existait un droit applicable qu’aux citoyens romains (« jus civile ») et le droit applicable pour les autres (« jus gentium »). Seulement au 19e siècle provient le concept de nationalité. La révolution française de 1789 et le Code Civil de 1804 sont à l’origine de cette notion.  La jurisprudence exige une distinction entre les différents droits subjectifs dont peuvent jouir les étrangers: droits civils (= droits subjectifs appartenant au droit privé), droits économiques, droits sociaux et droits politiques (appartiennent au droit public).**Droit privé :** Les articles 7 et 8 du Code Civil luxembourgeois de 1804 et l’article 9 al.1 de la Constitution disent que l’étranger ne jouira pas des droits civils. Il s’agissait là d’un principe. Mais les articles 11 et 13 du Code Civil de 1804 étaient des exceptions au principe. Ces deux articles parlent :* Réciprocité (art.11 CC) : loi luxembourgeoise accorde aux étrangers que les mêmes droits que sont accordés aux luxembourgeois par le droit étranger.
* Autorisation d’établissement (art.13 CC) : seuls les étrangers qui ont une autorisation du Grand-Duc de résider sur le territoire luxembourgeois peuvent avoir des droits subjectifs.

On peut donc dire qu’à l’époque un étranger était une personne sans droits. Mais ce qui est bien plus bizarre c’est que les deux articles sont toujours en vigueur au Luxembourg dans les mêmes termes, mais on suivit une certaine évolution au cours des années en s’inspirant de la jurisprudence en France et en Belgique et en développant sa propre jurisprudence. Evolution: * 1848 : Cass. Belge 3.8.1848, Flescher, Paricrisie belge 1848, I, 358 : Première étape de juridiction : certains droits civils doivent être accordés aux étrangers, les droits naturels (droits de la personnalité).
* 1868 : l’article 111 Cst. lux. a été introduit et selon lequel la protection aux personnes et aux biens est la même pour les étrangers, sauf si la loi dit le contraire. Les étrangers se trouvant sur le territoire du Grand-Duché jouissent des droits civils dès qu’ils se trouvent sur le territoire, à l’exception de ceux que la loi leur enlève.
* jouissent de la protection de son sujet et de ses biens.
* 1948 : France : Cass. fr. 27.7.1948 (arrêt Lefait), RCDIP 1949, 75 : les étrangers sur le territoire français jouissent de tous les droits civils que la loi ne leur refuse pas! Il s’agit d’une interprétation contra legem, contr les articles 11 et 13 du Code Civil. La Constitution luxembourgeoise avait déjà dit cela en 1868. Certains droits civils sont refusés par la loi aux étrangers (au Luxembourg), mais il y en a très peu. On peut même dire qu’ils ont les mêmes droits.
* 1864 : Conseil d’Etat 4.2.1964, XIX, 266

**Droit public :** L’étranger jouit au Luxembourg d’aucun droit subjectif à moins que la loi lui en accorde expressément. Ce sont des droits subjectifs prévus par le droit public afin de permettre au citoyen de participer à la gestion de choses publiques. Ex.: le droit de participer à l’électorat actif et passif, possibilité d’être fonctionnaire de l’Etat,… Les droits politiques sont réservés aux seuls Luxembourgeois. Art. 9 al.1, 2 et 3 de la Constitution: par dérogation, la loi peut accorder à des étrangers des droits politiques. Mais ils en ont seulement l’exercice, et non pas la jouissance. En 1994, l’art. 9Cst. a été changé: désormais, les étrangers ressortissant des pays de l’UE peuvent participer aux élections communales (droit de vote actif et passif).  * Capacités  et  incapacités:

Principe: un sujet de droit est titulaire de droit et débiteur d’obligations. Etre titulaire de droit n’est pas exercer un droit. Tous les gens n’exercent pas eux-mêmes leurs droits, bien que cela constitue une exception.  Ex: troublé mental, enfant mineur (il a un droit, mais ne peut pas l’exercer parce qu’il est trop jeune), représentant (agit dans le nom et pour le compte du représenté). Théorie de la capacité et de l’incapacité: En principe, pour participer pleinement à la vie juridique, il faut être capable (art.1108). Un capable est toute personne qui peut être titulaire de droits subjectifs et qui peut exercer elle-même ces droits. Un incapable est toute personne qui n’est pas capable.Il faut distinguer entre 2 sortes de capacités: * La capacité de jouissance est la possibilité d’être titulaire d’un droit.
* La capacité d’exercice est la possibilité d’exercer ledit droit.

L’incapacité est l’opposé de la capacité (art. 1123 et 1124CC). Elle affecte soit la jouissance, soit l’exercice d’un droit. Les incapacités sont des aménagements aux principes de capacité. L’incapacité de jouissance entraîne qu’on ne peut pas être titulaire d’un droit. L’incapacité d’exercice entraîne qu’on peut être titulaire d’un droit, mais qu’on ne peut pas l’exercer soi-même. On divise l’incapacité de jouissance en incapacité de jouissance totale (de tous les droits subjectifs) et partielle (de certains droits). De même pour l’incapacité d’exercice :* Incapacité totale de jouissance:

En droit belge, français et luxembourgeois une personne ne peut pas être frappée d’une incapacité totale de jouissance, vu que cela irait à l’encontre du principe. Historiquement, il existait des incapacités totales de jouissance: la mort civile (abrogée en 1868), l’esclavage (abrogé en 1848), et en droit romain les étrangers (n’étaient pas des “gens civilis”; «Adversus hostem, aeternas auctoritas esto.», « Vis-à-vis de l’étranger doit exister une autorité du droit romain. »).* Incapacités partielles de jouissance:

Certaines personnes ne peuvent pas être titulaires de certains droits. Ainsi par ex. certaines personnes ne peuvent pas hériter de certaines autres (médecins, ministres de culte, ...). Il existe aussi des incapacités fonctionnelles (ex.: un juge ne peut pas être ministre).* Incapacité totale d’exercice:

Exemples actuels: mineurs d’âge (art.388 et 488 CC), personnes mises sous sauvegarde de justice (interdits judiciaires), personnes sous tutelle et personnes sous curatelle2 exemples historiques: femmes mariées et interdits légaux* Incapacités partielles d’exercice:

Commerçants tombés en faillite    **Section 2: Les personnes morales** ***1) Partie introductive :*** **Définition :** Une personne morale est soit un groupement de personnes (physiques ou morales) soit une affectation de biens (ensemble de biens que le propriétaire a affecté à une idée déterminée) auxquels le législateur a donné la possibilité de participer à la vie juridique.L’être humain peut participer à la vie juridique par le simple fait d’exister et donc le législateur ne doit pas l’affirmer. Or quant aux personnes morales il n’y a pas d’effet biologique et ainsi elle ne participe à la vie juridique que par grâce des lois. Le législateur permet à des êtres non humains à participer comme les êtres humains. Une personne morale est donc créée de toute pièce et est ainsi fictive, artificielle. Elle a la faculté d’être titulaire de droits et débiteur d’obligations.  Mais pourquoi a-t-on introduit la personne morale ? Considérations historiques:Les Romains ne connaissaient pas cette personnalité morale, mais seulement la personnalité physique. Les causes de cette ignorance sont que tout d’abord ils n’avaient pas une vue de l’Etat comme étant un ensemble et ainsi ils ne connaissaient pas le droit constitutionnel (etc.) et puis ils ne connaissaient pas le droit commercial, parce que tout simplement ils ne faisaient pas du commerce. Or c’est exactement dans ces deux branches que l’idée de la personne morale est née. Le droit germanique ne la connaissait pas non plus. Le commerce a donc donné naissance au concept de la personne morale en se développant lui-même entre le 14e et le 16e siècle dans les villes de l’Italie du Nord (Venise, Milan, Florence,...). La raison de cette apparition est qu’on rencontrait de plus en plus de problèmes, exactement deux, liés au commerce : premièrement il faut de l’argent pour pouvoir faire du commerce et deuxièmement il faut encore transporter la marchandises. Rares étaient les personnes qui pouvaient résoudre ces deux problèmes par leur propre main et ainsi on s’est imaginé une sorte de contrat. Les unes personnes s’engagent à acheter les marchandises et les autres à la transporter et à la fin elles partagent le profit. Cette idée de coopération entre les donneurs de fond (capitalistes) et les capitaines (apportant leur travail) donne lieu au concept de société, mais on n’est toujours pas abouti à la notion de personne morale. La personne morale s’est développée à partir de ce projet qui avec le temps s’est rendu de quelque sorte indépendant de ses promoteurs, parce qu’il y eu un changement de mentalité. On ne demande plus le prix des biens, le salaire des ouvriers etc. aux personnes qui ont formé le contrat, mais au projet. Le projet est devenu plus important que les personnes qui l’ont initié et leur attribue qu’une responsabilité limitée. Ainsi le contrat d’association a donné à l’association une vie autonome pour 2 raisons. La première est que c’est dans l’intérêt des cocontractants et la deuxième est que les promoteurs du projet se cachent derrière le projet. La première société étant née est la société en commandite, surtout en commerce maritime et en droit financier (création des banques : le commerce avait besoin d’échanges d’argent (opérations de change), de crédits et d’autres opérations bancaires).  La banque la plus ancienne du monde: Banco Ambrosiano (fondée en Italie du Nord).  Ainsi peu à peu les sociétés commerciales étaient considérées comme indépendantes des associés qui les composaient et on les a appelées personnes morales (virtuelles, artificielles) pour les distinguer des personnes physiques.Le premier grand mouvement de rédaction du droit eut lieu en France au 18e, 19e siècle. Or à chaque fois on a raté l’occasion de parler des personnes morales, ce qui se traduit essentiellement par la peur qu’ils avaient envers cette notion. C’est pourquoi dans le Code Civil on ne parle pas de personnes morales, mais seulement de société comme étant une suite d’un contrat. On évite de parler de la possibilité que les sociétés puissent participer à la vie juridique. Le Code de Commerce de Napoléon de 1810 prévoyait des sociétés commerciales, mais il n’y avait pas de vue d’ensemble. Seulement la doctrine du 19e siècle a peu à peu établi le concept des personnes morales, parce que alors sont nées, comme suite du capitalisme, les premières grandes sociétés commerciales. Le législateur s’est mêlé de ce concept qui s’est dégagé de la pratique. Les premières lois en Belgique reprenant cette notion étaient rédigées en 1913 et au Luxembourg en 1915.Or le législateur a eu dès le début une grande méfiance en vue de cette apparition de la personne morale. Les politiques n’aiment pas le commerce et le capitalisme. Une des raisons est certainement un principe de droit inscrit dans les articles 2092ss du Code Civil : Théorie du patrimoine : il existe trois éléments dans la théorie du patrimoine : * Toute personne a un patrimoine,
* Toute personne n’a qu’un seul patrimoine (unicité du patrimoine) et,
* Tous les éléments du patrimoine servent de gage au créancier.

 L’article 2092 du Code Civil consacre le principe que le patrimoine du débiteur est le gage commun du créancier (exprimé explicitement par l’article 2093). Cet article 2092 CC prévoit la question de l’unité patrimoniale. Toute personne physique a un ensemble de biens qu’on appelle le patrimoine (les biens actifs et passifs). Un créancier peut choisir quel bien il veut exécuter pour le remboursement d’une dette. Le créancier qui vient en premier a donc le plus de choix. Exception: 2ème partie de l’article 2093 CC: causes légitimes de préférence: privilèges et hypothèques (art. 2094). Les créanciers qui ont rendu un service social ou plus social que les autres créanciers constituent une exception au principe de la distribution au marc le franc et sont donc remboursés en premier car la qualité de leur créance est plus importante que d’autres (les autres créanciers sont aussi appelés créanciers chirographaires) La deuxième exception est qu’une loi peut déterminer d’autres exceptions. Pour constituer une société/une personne morale, des personnes physiques doivent mettre ensemble des biens. Ces biens forment le patrimoine de la société. La création d’une société par des individus fait perdre aux créanciers, par une division du patrimoine, une partie du patrimoine des personnes physiques. Or les personnes morales ont une liberté d’action réduite, puisque le législateur a voulu garder un oeil sur elles. ***2) Classification des personnes morales :*** En parlant des personnes morales, on peut distinguer deux grandes catégories : Les personnes morales qui relèvent du droit privé et les personnes morales qui relèvent du droit public. A ces deux catégories on peut encore en ajouter deux, mais qui sont moins importantes : les personnes morales du droit social et les personnes morales du droit international public.La création de la personne morale est laissée à la libre volonté des parties. **a) Les personnes morales de droit privé :** Les personnes morales du droit privé sont créées selon la libre volonté des parties. De nouveau on peut distinguer plusieurs catégories : les sociétés commerciales, les associations et fondations, les sociétés civiles et les groupements de personnes qui n’ont pas de personnalité juridique. **Les sociétés commerciales :** **Définition :**Les sociétés commerciales sont des sociétés qui opèrent sur le droit commercial et qui ont pour but de faire des actes de commerce. Ce sont des pendants des commerçants.  Se pose quand-même une question : Est-ce que les individus peuvent créer des sociétés commerciales comme ils veulent ou est-ce qu’ils doivent suivre un certain cadre juridique ? Le cadre juridique que doivent suivre les sociétés en étant créées au Luxembourg est rédigé dans la loi du 10 octobre 1915 intitulée loi sur les sociétés commerciales. Originairement les règles étaient inclues dans le Livre III du Code de Commerce (sur les sociétés commerciales), mais ceci était insuffisant et ainsi en 1913 en Belgique on a abrogé le Code de Commerce et instauré un nouveau texte (loi spéciale), voté en 1913. Au Luxembourg, le texte de la loi a été plus ou moins copié sur ce texte en 1915. En France, en 1966, on a fait une grande réforme en créant un code à part: le Code des sociétés. En 2000, les belges ont de nouveau inséré la loi sur les sociétés commerciales dans le Code de Commerce.Au Luxembourg, le texte a été modifié plus ou moins 20 fois à cause du droit européen (libre circulation des capitaux, des biens et des personnes). Les directives européennes sont transposées dans le droit luxembourgeois, concernant surtout les sociétés anonymes. La loi, de 400 articles, existe toujours, mais il y a un projet qui vise la réinsertion du texte dans le Code de Commerce. Dans tout les cas la loi accorde la personnalité juridique à toute société commerciale nouvellement fondée sous condition qu’elle a une des formes suivantes :* Société en nom collectif (senc)
* Société en commandite simple (secs)
* Société anonyme (sa)
* Société en commandite par actions (seca)
* Société à responsabilité limitée (sàrl)
* Société coopérative (scoop)

Or en analysant ces différentes formes de sociétés, on peut facilement les classer en trois catégories. La première catégorie, composée de la senc et de la secs, regroupe les sociétés commerciales dites sociétés de personnes (formées par le fondateur en considération de la personnalité des co-fondateurs/ co-sociétaires). La deuxième, composée de la sa et de la seca, regroupe les sociétés de capitaux (Le capital, la mise, l’argent, l’apport jouent le rôle le plus important. Les parts sont librement cessibles.) Et puis en dernier lieu il y a encore les sociétés mixtes, composées de la sàrl et de la scoop. Ex. société de personne : Un architecte cherche un partenaire, qqn. qui a la même vision que lui, qqn. d’honnête, ... Il agit donc en considération de la personnalité de l’autre. La personnalité des associés joue le rôle le plus important. La qualité de la personnalité des autres associés est importante: "intuitus personae". La cessibilité des parts est restrictive. Ex. société de capitaux : bourse : la personnalité des autres n’importe pas. On veut  faire un investissement en capital (> critère philosophique de la société). La seule considération est l’investissement, les autres personnes n’intéressent pas du tout.  Ces distinctions entre les différentes sociétés se basent donc sur deux éléments : les associés (les personnes) et les apports (les capitaux : biens transférés à la société par ses fondateurs, par ses associés). La différence est donc la prépondérance des deux éléments. Lorsque les personnes sont moins importantes que les capitaux alors on est en présence de sociétés de capitaux et vice versa.  Les conséquences juridiques qui découlent des sociétés de personnes sont au nombre de deux :* Incessibilité des parts
* Responsabilité des associés : en principe tous les associés sont solidairement et infiniment responsables, ce qui veut dire que lorsque une société de personnes a contracté des dettes et que lorsqu’elle ne peut pas rembourser ces dettes, alors les créanciers contractent les associés et ces derniers devront payer les dettes pas seulement avec l’argent de la société mais aussi avec leur argent privé.

 Les conséquences qui découlent des sociétés de capitaux sont également de deux :Libre cessibilitéResponsabilité limitée : la responsabilité des associés est limitée à leur mise, c.à.d que si la société des capitaux n’est plus à même de rembourser ses dettes alors elle tombe en faillite et le pire que peut arriver à l’associé est que l’action n’a plus de valeur. L’argent mis à disposition est perdu sinon rien. Les conséquences qui découlent des sociétés mixtes sont aussi au nombre de deux :* Cessibilité des parts est réglementée par la loi
* Responsabilité est limitée, mais les associés peuvent renoncer à cette limitation.

 Quant à un effort d’harmonisation des différents droits de sociétés commerciales en Europe, il faut relever que l’Union Européenne travaille aussi à une nouvelle sorte de société: la SAE, la société anonyme européenne. Sa structure serait la même dans tous les pays de la communauté européenne et emmènerait ainsi à une harmonisation complète du droit des sociétés anonymes. Cependant la SAE n’existe que sur le papier en ce moment, parce que il n’y a pas eu encore des mesures d’exécution en droit interne de cette forme de société. La raison en est que qu’il existe à ce sujet un très grand débat, portant sur la cogestion des ouvriers (participation des salariés à la gestion de l’entreprise), qui divise l’Europe un peu en deux. D’un côté il y a le modèle allemand et de l’autre le modèle anglais : le premier préconisant cette cogestion et le deuxième pas du tout. Le résultat de ce débat est que les droits nationaux peuvent décider s’il y a cogestion ou non dans leur pays, mais de nouveau on n’est pas allé au bout, parce que aussi longtemps que l’Allemagne n’a pas décidé aucun décidera. **Les associations et fondations :** Les associations et les fondations sont régies sous la même loi, en l’occurrence celle du 21 avril 1928 modifiée en 1984. Or il n’y a aucun point commun entre les deux. Ces types de personnes morales sont même contraires. Les associations : L’association la plus connue est l’asbl (association sans but lucratif). Il s’agit d’un groupement de personnes qui est constitué en vue d’un objectif de nature sportive sociale, éducative, artistique etc. et où la poursuite d’un profit n’est pas le but principal. Donc les associations ont une composante positive (objet sportif etc.) et une composante négative (ne poursuit pas la réalisation de bénéfices). L’asbl ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales et ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel. Les membres de l’asbl payent des cotisations, mais ne reçoivent jamais, jamais une partie du profit éventuel.La différence entre une société commerciale et une association est dès lors que la société commerciale est là pour faire des actes de commerce par nature et qu’elle est principalement constituée pour faire un bénéfice et pour le partager par après, ce qui est tout à fait contraire à l’association.Quant à la personnalité juridique il faut dire que l’association la reçoit dès le moment où elle remplit les conditions de l’article 1. de la loi de 1984. La fondation :La fondation est aussi une personne morale et elle est régie par la même loi que les associations, la loi de 1928 modifiée en 1984, mais elle n’a rien d’autre en commun avec ce qu’on a vu jusqu’à présent. La seule autre chose qu’on peut un peu assimiler à une association est l’objet de la fondation. Les fondations doivent avoir un but charitable, social, artistique etc.Cependant les différences sont plus importantes : La fondation n’est pas constituée d’un groupement de personnes, ce qui la distingue fondamentalement de toutes les autres personnes morales. Il s’agit d’un patrimoine autonome sans propriétaire, d’une affectation de biens (seule affectation de biens possible en droit privé). Elle ne correspond pas à une entité juridique du droit romain, car elle ne fut créée que plus tard par le droit germanique. La fondation (loi art 27): Toute personne peut, moyennant l’approbation par arrêté grand-ducal, affecter par acte authentique ou par testament toute une partie de ses biens à la création d’une fondation qui jouit de la personnalité.Pour la fondation: une seule personne crée la fondation. Une fois que cette dernière est constituée, il n’y a plus de lien entre le fondateur et la fondation. Le patrimoine devient indépendant et la fondation n’est plus qu’un ensemble de biens gérés par des curatium (-> administrateurs) qui ont été nommés par les fondateurs. Les biens deviennent une personnalité juridique (personnalisation de biens). Quant aux fondations il existe deux contrôles importants :* Au moment de la création : la fondation doit être approuvée individuellement par arrêt grand-ducal sur conseil du Conseil de l’Etat.
* Chaque année : la fondation doit établir ses comptes et son bilan au ministre de la justice qui contrôle alors les activités de la fondation.

Donc la fondation ne peut pas être utilisée pour faire des opérations commerciales, mais seulement pour des objets dont le but est charitable. La fondation n’envisage pas un gain matériel. Seul en droit allemand la fondation peut prendre une forme un peu différente en acceptant également des opérations commerciales (p.ex. : fondation Bertelsman, fondation Krupp).Un autre aspect qui diffère la fondation des autres personnes morales est que p.ex. une société commerciale peut être dissoute à tout moment, or quant à une fondation étant une affectation de biens irréversibles ne peut pas disparaître sauf en cas de vente des biens, mais ceci est énormément rarement le cas. Sinon il n’y a pas de circulation des biens et on parle du risque de la mainmorte.     3.) Les sociétés civiles Loi de 1915 sur les sociétés commerciales, art.3 LSC, al.1er : Les sociétés dont l’objet est civil (par opposition à l’acte de commerce) et qui fonctionnent selon le régime des articles 1832 CC et suivts. (Titre X, livre III : Du contrat de société ; livre III: Différents modes d’acquisition des biens) constituent pareillement une individualité juridique distincte de celle des associés.Le but est le gain d’argent, le bénéfice, mais en faisant des opérations qui ne sont pas des opérations commerciales mais civiles. Elles concernent toute activité lucrative non mentionnée dans l’article 2 de la LSC. Exercice en commun entre membres d’une profession libérale, p.ex. des médecins, des avocats, des ingénieurs,…, qui ne peuvent créer une soc. commerciale puisque le commerce leur est p.ex. interdit(avocats). L’autre grande catégorie sont les soc. civiles immobilières (p.ex. on se met ensemble pour construire un immeuble).  La vue du CC sur les soc. est totalement différente de celle de la loi de 1915(optique institutionnelle : pers. juridique): la société est avant tout un contrat spécial. Art. 1832CC : La soc. est un contrat en vertu duquel 2 ou plusieurs personnes décident de mettre quelque chose. en commun en vue de partager le bénéfice qui en résultera (explication historique des sociétés). Le statut des sociétés commerciales est un contrat de société.  Toutes les sociétés sont en fait un contrat, la fondation n’en est pas. Cela ne signifie pas par contre qu’il s’agit alors automatiquement d’une soc. civile.  Autres sociétés: -       les groupements d’intérêt économique(GIE)(assoc. faites entre commerçants ou non comm., à but lucratif : restaurants qui se regroupent pour acheter du vin,…)-       les associations agricoles(loi de 1945 ; but : achat de semailles,…)    Ils existent des groupements en droit privé qui n’ont pas la personnalité jur. La loi doit reconnaître expressément les groupemts à pers. juridique, donc il y en a qui n’en ont pas. On distingue 2 catégories de groupements ss personnalité juridique, qui sont néanmoins organisés par la loi : -       associations commerciales : - assoc. momentanées (art.138 LSC)                                                    - assoc. à participation (art.139 LSC)-       associations de fait Ce sont des groupements de personnes qui n’ont pas choisi de se constituer sous l’une des formes légales d’assoc., et qui ne deviennent donc pas des pers. morales.Le fait d’être des groupements ss pers. jur. différente de celle de leurs associés signifie que d’éventuelles victimes d’1 accident p.ex. pourront accuser les membres eux-mêmes. L’avantage des pers. morales est donc qu’ils protègent mieux leurs associés.   Les personnes morales de droit public  Déf. : Ce sont des personnes morales qui sont  régies par le droit public.  Le droit public est une notion très vaste. 1re constatation à faire :Les personnes morales de droit public ne sont pas régies par une ou plusieurs lois, comme p.ex. les sociétés commerciales qui sont régies par la loi de 1915 (LSC).En droit public, chaque personne morale doit faire l’objet d’une loi particulière qui crée telle personne de droit public. Donc 1re caractéristique: pour la créer, il faut une loi spéciale qui régit cette personne morale. Enumération de personnes morales qui sont régies par le droit public : Celles qui sont régies par le droit constitutionnel sont : 1.) L’Etat est la personne morale de droit public la plus importante. La Constitution est la loi qui régit la personne morale de droit public Etat. L’Etat a la personnalité juridique. Il peut assigner et être assigné pour les choses qui relèvent de sa responsabilité. L’Etat peut ester en justice. Il peut faire des contrats et il est représenté par les ministres -donc par les membres du gvt- ou par le G.-D. vis-à-vis des tiers.Quant l’Etat est assigné, il faut assigner le 1re ministre. 2.) Les partis politiques  Les partis politiques qui relèvent du droit public sont des groupements de personnes qui ne sont pourtant pas des EP(établissement public=EP). Ils n’ont pas la personnalité juridique. 3.) Les communes La personnalité juridique des communes est inscrite dans le chapitre 9, art.107 al. 1er  de la Constitution. La loi communale de 1988 décrit le fonctionnement des communes. Celles-ci forment des collectivités autonomes à base territoriale, possédant la personnalité juridique gérant par leurs organes leur patrimoine et leurs intérêts propres. Une commune est représentée par le bourgmestre ou par le collège des bourgmestres et échevins.  Les personnes morales régies par le droit public portent toutes le même nom qui est celui d’établissement public. « Ce sont les personnes morales de droit public créées en vertu d’une loi et qui exercent par la voie de la déconcentration une ou plusieurs attributions des pouvoirs publics. » Observations : 1.    Créés en vertu d’une loi. Chaque établissement est régi par une loi individuelle et particulière.2.    Les établissements publics exercent une ou plusieurs des attributions des pouvoirs publics. Normalement c’est l’Etat qui est responsable de ce qui tombe dans sa sphère d’attribution. Pourtant il confie l’enseignement universitaire au CUNLUX. Les hôpitaux sont soit des fondations, soit des EP, comme p.ex. le centre hospitalier de Lux. Il s’agit alors d’une attribution déléguée par l’Etat à l’EP.3.    La gestion  des attributions déléguées par l’Etat aux EP. La gestion se fait soit par la voie de la décentralisation (1), soit par la voie de la déconcentration(2). (1): L’Etat délègue en prenant en considération le territoire.    (2): La délégation ne se fait pas territorialement, mais par matière : l’enseignement secondaire/universitaire,… Exemples:  Le CUNLUX a été créé par une loi de 1969 qui lui donne la personnalité juridique et qui règle son organisation : la loi tient lieu de statut.  En matière de santé public, les hôpitaux sont tous organisés par une loi particulière.                 En matière de surveillance :BCL/commissariat aux assurances/CSSBF > tous créés en vertu d’une loi.  Les EP participent aussi à la vie économique : après la 2nde GM, la mode était à la nationalisation . Au Lux. il y a certains domaines où l’Etat exerce toujours des pouvoirs. P.ex. :  2 banques sous forme d’un EP : la BCEE et la SNCI. La société des CFL était un EP et encore de nos jours son sort n’est pas clair. L’EPT ainsi que les P&T sont encore des EP. Dans le domaine culturel :Les théâtres, orchestres,… sont organisés sous forme d’EP. Droit de la sécurité sociale :Toutes les caisses sont des EP, comme l’association pour l’assurance vieillesse,...  Le recours contre une décision d’EP doit se faire devant les tribunaux administratifs.  Caractéristiques des EP: 1)    Ils doivent avoir une activité de service public et être toujours d’intérêt public. 2)    Ils ont un budget séparé du budget de l’Etat.3)    Ils restent soumis à la tutelle administrative.    Les personnes morales de droit social Les syndicats Les syndicats sont essentiellement visés. Il n’y a pas de loi spéciale sur le fonctionnement des syndicats. Ont-ils la personnalité juridique? Ils sont reconnus par la constitution (Art. 11 al.5) : la loi organise la sécurité sociale, le repos et la santé des travailleurs, et garantit la liberté syndicale.  Pourtant les syndicats n’ont pas de personnalité morale. Si les syndicats étaient des personnes morales, ils seraient soit de droit public, soit de droit privé. Pour dépendre du droit public il faudrait que la loi le dise et qu’ils soient organisés par une loi. Comme il n’existe pas de loi qui crée chaque des syndicats, ils ne sont pas des personnes morales de droit public. Pourraient-ils être des personnes morales de droit privé?Oui, car l’activité des syndicats n’est pas une activité commerciale, mais elle est la défense des intérêts privés des travailleurs, on ne veut pas faire des bénéfices. Les syndicats pourraient donc correspondre à des ASBL, mais ce n’est pourtant pas le cas. Pourquoi ? Parce qu’ils ne veulent pas, car la loi de 1928 sur les ASBL fait obligation de publier la liste des adhérents/membres au greffe du TA. Cette obligation de publication risque de faire tort aux adhérents :1. Les patrons sauraient qui sont les syndicalistes et pourraient les punir.
2. Moins de syndicalistes car ils auraient peur du licenciement.
3. On remarquerait que les syndicats ont moins de membres qu’ils revendiquent avoir.

 Un syndicat, la FEP, s’est cepd. constitué sous forme d’une asbl. Les syndicats n’ont donc pas la personnalité juridique. Il y a 2 exceptions à ce principe: 1.) Les syndicats ont parfois causé un dommage aux patrons, qui les ont alors assignés en justice. Ainsi les C+T ont toujours reconnus une capacité juridique passive aux syndicats pour réparer les dommages qu’ils ont causés. Les syndicats peuvent donc être assignés. 1.)  L.12/6/1965 : Convention collective de travail.Cette loi a accordé aux organisations syndicales le droit de conclure et de négocier une convention collective de travail. Il s’agit d’un contrat conclu entre un syndicat et un patron. Mais faire un contrat exige qu’on ait une personnalité juridique. Cette loi confère donc au moins une personnalité limitée: capacité (en matière de ces conventions collectives) d’ester en justice et de conclure des conventions collectives de travail. Les syndicats n’ont pas reçu une personnalité juridique générale.     Les personnes morales de droit international   Dans cette catégorie de personnes morales existent 2 grands exemples : les Etats les organisations internationales  Elles sont toujours régies par les traités internationaux.    Les groupements sans personnalité juridique  Ce sont des groupements de personnes qui existent de facto ou de jure, mais ces groupements n’ont pas la personnalité juridique pour 2 raisons possibles: soit la loi reconnaît le groupement mais lui dénie la personnalité juridiquesoit la loi ne lui reconnaît pas la personnalité juridique vu qu’il n’a pas choisi une des formes possibles / une des catégories à disposition.  Ces groupements n’ont donc pas de personnalité juridique. La jurisprudence a développé une attitude néfaste vis-à-vis des groupements en disant que les groupements ont une capacité juridique passive (ex.: récente condamnation du LCGB). Lorsqu’un groupement est condamné, le huissier de justice peut se tourner contre tous ses membres. La séparation de patrimoine n’existe pas.   La théorie générale des personnes morales   Pour les personnes physiques il n’y a pas de besoin pour une théorie générale, puisque toutes les personnes physiques ont la personnalité juridique de par leur naissance, et en plus leur personne juridique est la même. Ils n’existent pas de restrictions.Pour les personnes morales il en est autrement, car leurs cas de figure sont très différents(p.ex. entre une asbl et la SA).Des points communs existent cependant.  Ils existent 3 théories qui expliquent l’existence des pers,mor. La théorie juridique derrière la personne morale envisage la vie de la pers. morale de sa conception à sa liquidation, ainsi que les relations entre les autorités publiques et la personne morale.  La théorie de la fiction La fiction est une technique juridique: on prend qqch comme vrai dont on sait manifestement que c’est faux. Déf.: On admet comme vrai ce qui en réalité ne l’est pas pour en déduire des conséquences juridiques.(Présomptions : On tient comme définitivement prouvé ce qui n’est que probable ou moral pour en déduire des conséquences juridiques.Ex. : présomption de paternité. L’enfant né pendant le mariage a comme père le mari de la mère.) Ex. pour la fiction : infans conceptus, nul n’est censé ignorer la loi, ...  Uniquement les êtres humains peuvent participer à la vie juridique. Par la fiction on prend des artificiels et on les considère comme hommes pour les faire participer à la vie juridique. On estime donc que les personnes morales sont des personnes jur. afin de leur permettre de participer à la vie juridique par l’intermédiaire de la fiction.  La théorie de la réalité La doctrine constate que le législateur a donné la personnalité juridique à certains êtres n’étant pas des êtres humains. C’est une réalité qu’il faut accepter. La vie en société des hommes est la base du droit tout court. Elle évolue et il faut en tenir compte. A partir d’un certain moment, les personnes se sont regroupées pour former des groupements de personnes et on a dû prendre en considération les groupements et non pas les personnes isolées( beaucoup d’arbres= forêt (=le groupement, l’ensemble)).On a commencé à faire des contrats avec ces groupements (considération de l’ensemble).  La théorie des contrats Basée sur l’art.1832 et suivts. du CC. Les contrats spéciaux, la vente, l’échange, le bail, le contrat de société sont concernés. Les sociétés constituent selon l’art.1832 un contrat par lequel une ou plusieurs personnes mettent qqch en commun en vue d’en partager le bénéfice. Cette idée est sous-jacente à l’ASBL, mais pas à la fondation ou à l’EP.     La personnification morale :   Conception/Formation        Création/Constitution      Publication au Mémorial/RSCT ---------\*--------------------------------\*-----------------------------------\* -----------------   La personne mor. est créée au moment où elle acquiert la personnalité jur., donc au moment où son acte constitutif est signé.Cependant les actes de cette pers.jur. ne sont pas opposables aux tiers tant que les statuts de celle-ci ne sont pas publiés au Mémorial C.Pendant la période de conception il y a un équivalent, c’est l’idée de formation (la société est en voie de formation) : la théorie des sociétés en voie de formation. Le régime de la personne morale Ce sont les règles de fonctionnement de la personne morale, voire les règlements internes de la personne morale.Son régime de fonctionnement constitue un mélange entre règles légales et règles conventionnelles. Les règles légales se trouvent dans les lois de 1915 et de 1928 régissant les asbls et les sociétés.Au-delà des règles légales, les sociétés sont aussi réglées par des règles conventionnelles ( statuts ) qui sont établies d’après le principe de l’autonomie de la volonté. Il y a dans les groupements moraux un important degré de sources autonomes. Dans les corporations il y va de même : ses membres sont soumis aux règles de celles-ci.P.ex. : Un actionnaire d’Arcelor, S.A. : les relations entre ce dernier et Arcelor sont régies par les statuts de la société. * Toutes les personnes morales doivent avoir une dénomination sociale souvent suivie par la forme de la personne morale (p.ex. : S.A., SNC, SCS, …).

 * Un autre mode d’identification consiste en l’établissement du siège social que toute personne morale doit avoir.

 * Chaque personne morale doit avoir une nationalité : elle dépend normalement de la volonté des parties à la soumettre à un droit déterminé.

 * Toute personne morale doit être inscrite dans le RCS. Seule exception : l’Etat et les Communes.

 Hist. :  Le RCS est l’équivalent de l’état civil pour les personnes morales. Il fut créé par une loi de 1919 : ce fut à l’époque un véritable registre de commerce où il fallait inscrire la personne physique et la personne morale.            En 1975 le registre de commerce est appelé RCS : y doivent dès lors aussi figurer les sociétés civiles.            Finalement une réforme intervenue en 2002 instaure que toutes les personnes morales, qu’elles soient de droit public ou privé, doivent figurer au RCS. C’est à présent un véritable registre recensant les personnes morales.   Fonctionnement interne de la personne morale  Par définition les personnes morales doivent avoir des règles de fonctionnement interne.L’exemple qui saute le plus à l’œil est probablement l’Etat qui est organisé selon la séparation des pouvoirs.On constate qu’il existe une certaine similitude dans le fonctionnement de l’Etat et dans celui d’une société anonyme par exemple : Etat                            –                     SociétéPouvoir législatif     –                     Assemblée générale  Pouvoir exécutif     –                     Conseil d’administrationContrôle de la règle           –                     Commissaire aux comptes Le fonctionnement interne – corporate governance – des personnes morales est prévu soit dans la loi, soit dans les statuts. Tous les deux organisent le fonctionnement interne qui est construit sur le principe de la séparation des pouvoirs.   La spécialité des personnes morales Par le fait de la naissance, les  personnes physiques acquièrent le droit de poser tous les actes juridiques possibles. Les personnes morales n’ont pas la plénitude de faire tous les actes : elles n’ont qu’un objet bien déterminé qu’elles peuvent parfaire. Ex. :    Les Communes ne peuvent que gérer leurs intérêts propres sur leur territoire. Leur objet est d’organiser la vie de tous les jours et de veiller à l’ordre.            La Banque Générale a pour objet d’accepter des dépôts et de placer cet argent. La BGL ne peut faire aucun acte juridique qui dépasse son objet social (= ultra vires). Les actes posés ultra vires sont nuls. La personne morale ne peut que poser des actes juridiques qui sont dans le cadre de son objet social. Seule exception à la théorie de l’ultra vires est l’Etat.La disparition de la personne morale La disparition de la personne morale est la fin de la personnalité juridique ou bien sa dissolution. Au moment de la dissolution juridique, la personne morale ne disparaît pas immédiatement. Elle est prolongée, parce que la personne morale meurt pour ainsi dire en 2 étapes : 1) dissolution :          Elle est décidée soit  par les organes propres de la personne morale, soit par l’organe judiciaire, soit après écoulement d’un laps de temps déterminé, lorsque la personne morale n’était que constituée pour une période déterminée.2) liquidation :           Lors de la dissolution est ouverte la liquidation. Le liquidateur doit réaliser les actifs (vendre les avoirs) pour payer les passifs (dettes). Il y a des liquidations instantanées ou bien des liquidations qui durent longtemps.                                     Lorsque la liquidation est parfaite, on assiste à la clôture de la liquidation constatée par les membres de la personne morale. C’est à ce moment que le liquidateur procède à la radiation de la personne morale du RCS -> fin. Les effets de la dissolution : 1.)  Point de départ de la liquidation2.)  Ne peut plus entrer dans de nouveaux actes juridiques dans le domaine de son objet social, peut procéder à la liquidation des opérations en cours.  Au moment de la clôture de la liquidation on a : - un boni de liquidation : il est distribué selon les critères alloués par la loi ou bien par les statuts, et il est généralement réparti entre actionnaires ou associés. Dans le cas d’une asbl, ce principe n’est pas compatible avec la loi et le boni est donné soit à une œuvre sportive/ de bienfaisance, soit à l’Etat. - déficit de liquidation : personne ne peut recevoir quelque chose. Si la personne morale est commerçant, cela entraîne la faillite de la société.  Relation entre l’autorité publique et la personne moraleCaractère fictif de la personne morale L’autorité publique a regardé les personnes morales d’un œil malveillant. La création de la personne morale permet aux personnes physiques d’échapper à l’unité de patrimoine.Méfiance : le législateur reconnaît les personnes morales à titre exceptionnel, or c’est aussi le législateur qui met à disposition des formes/catégories de personnes morales dont les citoyens ont le libre choix. En bas de ligne, les justiciables doivent choisir une forme prévue par la loi, on ne peut pas créer de monstre juridique (=personne morale inventée sui generis).On ne peut pas prévoir dans l’objet social de multiples buts indéterminés à atteindre : il faut y faire mention d’un but bien déterminé.Le législateur ne peut pas limiter les justiciables dans la création des personnes morales, puisque la Constitution leur garantit la liberté d’association à l’article 26.        La personne morale et le droit pénal Le droit pénal crée chaque jour des infractions qui peuvent être faites par des sociétés.Ex. : faux bilans. Bon nombre d’infractions ne peuvent être faites que par des personnes morales. La question se pose si les personnes morales sont assujetties au droit pénal. D’antan en France, en Belgique(mais plus de nos jours) et au Luxembourg, les personnes morales n’étaient pas assujetties au droit pénal d’après l’adage : « Societas delinquere non potest. ». Cet adage fut confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation par un arrêt de principe. Arrêt Pletschette : il a déclaré qu’il est impossible de poursuivre la société puisqu’elle n’est pas assujettie au droit pénal. Dans les années 1980 sont apparues les premières règles en matière du droit de l’environnement, et partant est apparue l’interdiction de polluer les rivières et autres cours d’eau. L’entreprise Galvanange située à Dudelange, à travers le territoire de laquelle ruisselait un petit courant d’eau, fut accusée d’avoir pollué ce courant d’eau. On a recherché des coupables, et à défaut de trouver les coupables ayant pollué le courant d’eau, on a mis en accusation les membres du Conseil d’administration qui ont tous été condamnés.Lorsqu’une infraction est commise par une personne morale, conformément à l’adage, on recherche la personne physique qui a effectivement commis l’infraction, ou le chef qui a ordonné l’infraction. A défaut de trouver la personne physique coupable, on met en accusation le Conseil d’Administration. Critique : on recherche la petite crapule qui a commis l’infraction.Lorsqu’on condamne le Conseil d’Administration, on condamne des personnes qui n’ont probablement jamais eu connaissance des pratiques. La Franceet la Belgique, pour outrepasser ce problème, ont tout simplement soumis les personnes morales au droit pénal, tout comme le sont les personnes physiques.Au Luxembourg il n’existe qu’un avant-projet de loi.En droit luxembourgeois, en l’absence d’une véritable responsabilité des personnes morales en droit pénal, il existe une multitude de lois particulières qui prévoient des sanctions particulières pour les personnes morales qui sont adaptées à celles-ci(cf. : loi sur l’environnement, loi de la conduite des affaires, loi sur les autorisations d’établissement,…). Les sanctions peuvent aller jusqu’à la fermeture définitive d’une entreprise, ce qui correspond à titre de comparaison à la mort civile, abrogée aujourd’hui. L’article 203 de la LSC de 1915 permet au Procureur d’Etat de faire prononcer au Tribunal d’Arrondissement la dissolution de toute société commerciale qui viole gravement la loi (loi est à entendre dans son sens général).Le tribunal peut alors prononcer la dissolution ou la liquidation judiciaire et nomme pour ce faire un liquidateur judiciaire. Sans soumettre les personnes morales au droit commun, on peut quand même les condamner grâce à l’article 203 de la LSC.         Chapitre 3: Les sources des droits subjectifs    A priori c’est le droit objectif. Mais il faut encore d’autres sources pour déclencher les droits subjectifs individuels.Le droit de propriété p.ex. tire son origine d’une loi(droit objectif).Or la source du droit subjectif joue un rôle important. Elle se trouve dans un contrat, dans une donation ou succession(p.ex. un achat). Il doit y avoir qqch qui déclenche le fait qu’on devienne propriétaire. Ce fait correspond à la source. On parle de faits ou d’actes juridiques, qui attribuent le droit subjectif à une personne spécifique.    Section 1: Faits juridiques   Il y a beaucoup d’événements, de faits qui composent la vie de tous les jours. Il y a des événements qui intéressent le droit (faits juridiques) et d’autres qui n’intéressent pas le droit (faits anodins).  Fait juridique:  événement de la vie sociale entraînant des effets juridiques. Ses effets impliquent toujours soit la création, soit la modification, soit le transfert, soit l’extinction d’un droit subjectif.  Ex.: Si, en parlant, on insulte quelqu’un, on peut assigner en justice celui qui a prononcé les injures. Il y a un droit qui a été créé par l’injure : le droit de demander réparation du dommage subi par l’injure. Donc lorsqu’il y a un fait juridique, il y aura toujours l’effet juridique sans que personne ne puisse modifier ou changer cette situation.Tout événement de la vie sociale pourrait intéresser le droit.  On peut classifier les faits juridiques : Faits juridiques - naturels = faits qui sont l’œuvre de la nature, qui se produisent indépendamment de toute intervention de l’homme (1) - humains = faits juridiques qui affectent l’homme (naissance, décès) ou qui émanent de l’homme (le mot, parole, écrit) (2)  Exemple: Sur un terrain de A pousse un arbre, ce qui est un fait naturel. Un terrain de B se trouve juste à côté du terrain de A. Sur son terrain, B a un banc qui sera désormais privé du soleil vu que l’arbre est devenu tellement haut. Donc A a causé un inconvénient à B. La question qui se pose est celle si B peut agir contre A même si l’arbre est à 2 mètres de son terrain. Ainsi un fait a priori naturel commence à intéresser le droit et aura de par là des conséquences juridiques. Les faits juridiques humains sont des événements de la vie sociale qui affectent l’homme  ou qui émanent de l’homme.  La naissance créera des droits successoraux envers l’enfant. Droits et obligations vont naître par la simple survenance d’une naissance ou d’un décès ( > extinction et création de droits en même temps).Mouvements de la voiture > qqn. heurte un piéton et lui cause un dommage >dommages et intérêts seront la suite.Plainte pour injure.Qqn. écrit un livre (droits d’auteur) : un livre crée donc des droits.  involontaires(1) : le fait arrive indépendamment de la volonté de l’homme (naissance, démence, majorité, décès)Faits juridiques humains   volontaires(2): faits voulus par l’homme : l’homme a agi de façon consciente, il a voulu le fait (parole/écrit/actes volontaires)  Tout fait fautif de l’homme est un fait fautif volontaire. L’élément de volonté est introduit dans la discussion pour distinguer les faits juridiques volontaires et involontaires. Faits juridiques humains volontaires : - Effets juridiques recherchés: les effets arrivent tout simplement - Effets juridiques sont recherchés: on recherche les effets  Exemples : La reconnaissance d’un enfant est un fait juridique, car elle aura des conséquences juridiques. L’enfant aura des droits vis-à-vis du père qui l’a reconnu. C’est un fait juridique humain volontaire qui affecte l’homme. Il a voulu reconnaître cet enfant et n’a pas été obligé de le reconnaître. Mais il le fait pour pouvoir conférer à cet enfant certains droits (p.ex. droits successoraux). Le but est de conférer des droits à l’enfant, donc recherché. Il s’agit d’un acte juridique(volonté requise). Conduire une voiture > heurter un piéton : fait juridique humain volontaire, mais l’effet juridique (le piéton demande des dommages et intérêts) n’est pas recherché.   Acte juridique :  = manifestation de la volonté destinée à produire des effets juridiques.  L’acte juridique est un fait humain volontaire où l’effet juridique est recherché. L’acte juridique est une manifestation destinée à produire des effets juridiques. Tout droit subjectif repose nécessairement sur un fait juridique ou un acte juridique. L’élément de volonté correspond un peu au pilier de droit de l’autonomie de la volonté privé car ici nous retrouvons le terme de volonté.Contrat = accord de volonté destiné à produire des effets juridiques. Le consensualisme> 2  sens qui se réunissent. Le contrat est un effet juridique recherché : lors d’une vente (transfert = but) acquisition de la propriété > payer une somme d’argent.    Un élément commun: la conséquence juridique arrive automatiquement, de plein droit. Distinction: fait juridique conséquence arrive                    acte juridique conséquence est voulue, recherchée par l’homme (=variante de faits jur.). Les faits juridiques: Il n’existe pas de théorie générale; il n’y a pas de base logique à la classification. Actes juridiques: Il existe une théorie générale. Les faits  juridiques: création, modification, transfert ou extinction de droits subjectifs.  Faits humains involontaires des personnes physiques La naissance, la conception, ... -> la naissance / conception créent elles-mêmes tout de suite des droits juridiques, si un enfant naît vivant et viable, dans le chef de l’enfant.  Faits juridiques qui se rattachent à la vie juridique des personnes -       la parenté ou l’alliance  La parenté est le lien juridique qui lie des personnes issues d’un même auteur, l’alliance est la relation entre l’époux et les membres de la famille de son conjoint (> obligation alimentaire; droit pour le parent d’obtenir des aliments en cas de besoin (art. 203 et suivts du CC)). -       l’âge  P.ex. lorsqu’on atteint l’âge de la majorité (18 ans) : art. 488 CC, capacité juridique. Ou bien : âge de retraite,… -       déficience mentale  Perte de la possibilité d’exercer ses droits subjectifs (art.498 CC) -       décès Conséquence translation de droits: tout le patrimoine est transféré aux héritiers.  Le cas fortuit, la force majeure Aujourd’hui ces 2 termes sont des synonymes.Fait juridique important. Conséquence: extinction de droits ou d’obligations (art. 1583 CC). Ex.: destruction de la chose après que la convention a été conclue. La foudre qui a détruit un objet (art. 1148 CC) est un cas de force majeure. = Evénement imprévisible, irrésistible et insurmontable qui empêche un débiteur d’exécuter son obligation. o   Evénement qui entraîne des conséquences juridiques: extinction d’une obligation du débiteur. Evénements libératoires, exonératoires de droits et d’obligations. o   L’événement doit être extérieur à la personne du débiteur, il faut que l’événement ne puisse pas être mis en rapport direct avec le débiteur.    Prescription Définition: L’acquisition, la modification, le transfert ou l’extinction d’un droit, par le simple fait de l’écoulement d’un laps de temps. Elle est considérée comme étant un fait juridique et peut donc créer, modifier ou éteindre des droits et des obligations. Exemple : Imaginons le cas ou 2 terrains se situent l’un auprès de l’autre :

|  |
| --- |
|   |
|   |  |

     A       &bbsp;                                     B  Le terrain appartenant à B est un terrain vierge. B émigre en 1969 en Australie. A s’achète en 1970 une caravane. Remarquant que B ne revient plus, il décide de la garer sur le terrain de B. En 1977 quelqu’un essaye de voler la caravane, et A décide que ce serait plus sûr de construire une clôture autour de la caravane sur le terrain de B. Puis il décide de bâtir un toit pour la caravane à cause de la pluie. Ensuite il achète une 2e caravane et le tout recommence, de façon à ce qu’il occupe tout le terrain de B à la fin avec ses caravanes. En 2000, B revient. Il voit toutes ces constructions et décide que A devra se retirer de son terrain puisqu’il veut se bâtir une maison. Mais A lui explique qu’il est devenu le propriétaire de son terrain et qu’il ne pourra rien y faire. A est devenu le propriétaire par le simple écoulement d’un laps de temps. Usucapion = prescription= acquérir qqch. par usage = acquisition prescriptionriptive ( après 30 ans max.).Prescription acquisitive=fait d’acquérir des droits sur des biens mobiliers(art. 2279CC) ou immobiliers(art.2262CC). Art.2279: « En fait de meubles, possession vaut titre. » Donc si on prend qqch. à qqn., on devient directement propriétaire envers des tiers, mais le véritable propriétaire peut tj. revendiquer le bien. Si qqn. d’autre prend cette chose à celui qui l’a prise en 1er, ce dernier peut la revendiquer vis-à-vis de tous les autres, sauf vis-à-vis du véritable propriétaire.   Prescription extinctive : éteinte des droits après un certain délai.  Ex.: art. 2271: 6 mois pour prescription de la facture(hôtel, restaurant,…) si elle n’a pas été envoyée dans les 6 mois. Après : action irrecevable, perte de la possibilité de l’action en justice et perte d’1 droit subjectif (parfois on ne perd que soit le droit subj., soit la poss. de l’action(si le droit a été violé, aspect contentieux), ms non pas les deux).Beaucoup d’actions en justice se prescriptionrivent très rapidement. Exemple : Un patron ne paye pas le RMG pendant 10 ans. Après ces 10 ans, la victime pourra obtenir des dommages et intérêts pour les 5 derniers ans, mais non pas pour avant, puisqu’il y a prescription de l’action après 5 ans (mais non prescription du droit). De même pour les cas de licenciement. L’Etat peut aussi être frappé par la prescription, p.ex. en matière pénale (prescription pour le crime : 30 ans). En matière de la circulation, le délai habituel est de 6 mois, en matière de recours il est de 40 jours pour l’appel et de 20 jours pour la cassation.   Faits juridiques volontaires:  Art.1382CC: fait fautif/ faute; faute doit émaner de l’homme et doit avoir produit un dommage (faute même si elle n’est pas voulue ; si elle est voulue = acte juridique).La faute est un fait volontaire de l’homme(fait qui a causé dommage = diff. du fait de l’homme, et = pas voulu) ; pour qu’il soit fautif, cela doit être un fait qui viole un principe de prudence et de diligence. Un fait fautif est un fait générateur de responsabilité civile et c’est donc un fait juridique, un événement de la vie sociale qui entraîne des conséquences. Faits générateurs de responsabilité civile : - Enrichissement sans cause : Qqn.s’enrichit au dépens d’1 autre sans cause juridique. dans ce cas la pers. appauvrie peut demander des dommages et intérêts à l’autre. L’enrichissement ss cause est un fait juridique car il aura des conséquences jur. Exemple : B part en vacances, puis il y a un orage et les caves de A et de B sont inondées. A fait venir l’entreprise L et lui ordonne de pomper les deux caves. Plus tard il reçoit une facture de 10000 €. Si B ne paye pas de par lui-même, alors A doit payer l’ensemble des frais, car B n’a pas de contrat avec L, et L n’a donc pas d’action contre B. Or A pourra intenter une action contre B pour enrichissement sans cause : il n’y a pas de cause pour laquelle B pourrait s’enrichir au dépens de A en ne payant pas.  Art. 1382- 1386,  articles: 1372-75 -> “gestion d’affaires” -> rerum gestio. Lorsque qqn. gère l’affaire d’autrui, il doit bien gérer cette affaire. Si l’autre a bien été administré, il doit rembourser les engagements pécuniers.Art.1370 -> obligation sans convention; naissent d’un fait personnel, =quasi-contrat.  - Action en répétition (restitution) de l’indû : Contrat : banque Z verse l’argent que B a voulu verser à A à C. Principe : “Qui paye mal paye 2 fois”: B devra payer une seconde fois A. Z devra restituer le montant que B a dû payer une 2ème fois, vu qu’elle a fait une faute contractuelle. Entre Z et C: pas de contrat, donc C pourrait théoriquement garder l’argent obtenu. Or : Art. 1376 CC: Celui qui reçoit par erreur ou sciemment de ce qui ne lui est pas dû s’oblige à restituer à celui de qui il a reçu.idée d’équité, de justice!  Ces 2 situations sont très particulières. D’autres situations se sont produites qui n’entrent pas exactement dans ce modèle. Les Cours et tribunaux ont estimé qu’il y avait quand-même la possibilité de remboursement + interprétation de la loi “ praeter legem”. Le législateur a voulu donner une possibilité de remboursement dans toutes les situations où quelqu’un a payé quelque chose sans en avoir l’obligation(1892 : arrêt Patureau, à l’origine de la théorie de l’enrichissement sans cause). Celui qui s’est appauvri peut faire une action contre celui qui s’est enrichi: actio de in remverso (action judiciaire fondée sur l’équité). Le caractère subsidiaire de cette action la caractérise: elle ne peut être intentée que si aucune autre action ne pourra être intentée(action pour p.ex. resp. contractuelle, délictuelle, …).  La Possession  Fait juridique : événement de la vie sociale dont découlent des conséquences juridiques, à savoir : protection de la possession. Il faut une analyse historique pour comprendre pourquoi le droit protège la possession : en droit romain il fallait d’abord présumer que le possesseur =propriétaire, ensuite le vrai propr. pouvait revendiquer en justice son bien. On protège une apparence pour maintenir l’ordre dans la cité = maintien de l’ordre public, garder la paix sociale. Déf. :  - Propriété = droit subjectif sur un bien (= ius in re)- Possession = maîtrise de fait sur une chose, indépendamment de la question de savoir qui en est le propriétaire. Question de pur fait, pas de question de droit. Seul le vrai propriétaire peut mettre en cause la possession, aucun tiers.- Détention = la possession d’une chose en vertu d’un titre(=contrat de location). Ce titre est l’aveu de la propriété d’autrui. Le titre dit qui est le vrai propriétaire, il donne un droit à une chose, implique qu’on n’est pas propriétaire. Il s’agit d’1 situation de droit et non de fait. Possession de la vue d’un fait juridique: maîtrise sur la chose va déclencher automatiquement des conséquences juridiques. La possession entraîne deux conséquences de droit: 1) protection + 2) prescription acquisitive instantanéeLa possession s’applique à tous les droits subjectifs. Exemple : A utilise le terrain de B qui est parti en vacances. Alors C, quand A part pour 15 jours, met sa caravane sur le terrain de B. A est le possesseur de ce terrain. On protège une situation de fait. C trouble la possession de A. A peut donc intenter contre C une action possessoire. La possession en matière immobilière est protégée.Meubles: art.2279 : - al.l: possession(simple présomption, car al. 2) vaut titre ; prescription acquisitive est instantanée.- al.2: néanmoins celui qui a perdu et auquel on a volé un meuble peut le revendiquer pendant 3 ans à compter du jour auquel il a été volé ou perdu, contre celui dans les mains duquel il le trouve. Définition. : La possession est le fait d’exercer volontairement les prérogatives d’un droit indépendamment du point de savoir si on est le titulaire de ce droit ou non. Autres exemples : Possession d’état, possession de créance (art. 1240 CC ; si créancier = pas le véritable créancier, débiteur libéré de sa dette), possession d’état d’époux(art. 313CC lux.), possession d’enfant légitime (présomption de paternité : mari=père, enfant=légitime),…   Section 2 : Les actes juridiques    1.) Définition : 1.)  L’acte juridique est un fait juridique humain dans lequel le fait juridique est recherché pour en avoir les conséquences.2.)  L’acte juridique est une manifestation de volonté en vue de produire des effets juridiques. Manifestation de volonté : acte rationnel, acte conscient, issu de l’intelligence humaine ; acte intentionnel -> il tend vers une fin, il est posé dans un certain but. C’est la conséquence jur. qui en découle automatiquement.Cette manifestation de volonté peut poser des problèmes à 2 niveaux : au niveau de la formation de la volonté et au moment où on porte cette volonté vers l’extérieur. La formation de volonté : La volonté se forme soit à l’intérieur d’un seul individu, soit entre plusieurs individus. De plus : distinction pers. morale/pers. physique(= les 2 sujets de droit qui peuvent poser des actes juridiques.).Volonté viciée : dans ce cas, la volonté qui se forme au sein d’une personne n’a pas les outils pour se former, ou alors des influences extérieures en sont la cause. L’acte juridique sera nul si la volonté n’est pas saine, donc viciée (ex. : dément mental, tromperie, …).Volonté au sein d’une pluralité d’individus, volonté collective : la volonté doit se former au cours d’un débat (ex. : députés,…). Formalités importantes doivent être remplies(majorité atteinte, …). Après la formation de la volonté :  Volonté portée vers l’extérieur. La volonté peut être implicite ou explicite, immédiate ou médiate. Explicite : volonté dont la manifestation se reconnaît sans problème, sans discussion (évidente, claire, sans doute). Ex. : écrit, parole, main levée(enchères). Implicite : volonté se reconnaît de manière indirecte : attitudes, gestes implicites (entrer dans un bus,…) ; difficile à prouver puisqu’il faut prouver la manifestation de la volonté. Immédiate : volonté se manifeste vers l’extérieur de par celui dans lequel s’est formée cette volonté une et la même personne (ex. : testament). Manifestation médiate : la personne qui manifeste la volonté vers l’extérieur est différente de la personne dans laquelle elle s’est formée représentation (représentée par pers. différentes du titulaire du droit). Représentation soit volontaire(A ne peut pas exercer son droit et demande à B de le représenter(contrat de mandat, A= mandant, B=mandataire), soit légale( la loi donne naissance à la représentation(ex. : droit des incapables (mineurs,…), droit des sociétés, personnes morales( pour elles manifestation immédiate= impossible).  Conséquences juridiques qui en découlent : création, modification, transfert, extinction de droits ou d’obligations.Principe : chaque fois qu’il y a un acte juridique qui est posé, il y a une conséquence qui en découle. Inverse de la situation : lorsqu’il y a un événement ou un acte qui est posé auquel le législateur dénie toute conséquence, alors on n’est pas en présence d’un acte juridique.Ex. : Fiançailles : pas d’acte juridique, car pas considérées par le législateur comme entraînant une conséquence.Déclarations ministérielles : n’ont aucune influence juridique (il faut une loi).     2.)  Classification des actes juridiques :  Critères différents de classification des actes juridiques : 1)actes juridiques unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux2)actes à titre gratuit et à titre onéreuxgratuit: ex.: donationonéreux: vente3)actes de conservation, d’administration et de disposition4)actes entre vifs et actes à cause de mortvifs: ex.: donationmort: ex.: testament5) actes simples, actes complexes et actes à procéduresimple: ex.: donationprocédure: ex.: loi6)actes à portée individuelle et actes normatifsindividuelle: actes d’administrationnormatif: ex.: règlement général7) actes-condition **Classification: les actes bilatéraux et les actes unilatéraux.** Définition: Un acte juridique est un acte juridique unilatéral lorsqu’il résulte de la manifestation de volonté d’une seule personne. Ex.: le testament, la reconnaissance d’enfant en droit privé. En matière de droit public: un règlement grand-ducal, ... Acte bilatéral: l’effet juridique n’est atteint que par le concours de plusieurs volontés. Mais ceci ne suffit pas, il faut un concours de volontés, il faut que les 2 manifestations de volonté se rencontrent : consentement de volontés. Ex. : donation.Exemple-type d’un acte juridique bilatéral: le contrat ou la convention. Le contrat fait l’objet d’une réglementation détaillée(art. 1101 et suivants CC; Titre III, livre III).Autre exemple d’acte juridique bilatéral en droit privé: le mariage.  Dans le domaine du droit privé, la plupart des actes juridiques sont des actes bilatéraux. En matière de droit public, la majorité des actes juridiques sont des actes unilatéraux.Le critère de cette classification: le nombre de personnes parties à l’acte qui manifestent leur volonté, nombre de personnes dans le chef desquelles doit se faire l’acte. Classification: actes à titre gratuit et actes onéreux L’acte juridique est un acte à titre gratuit lorsque l’acte est inspiré par une idée de bienfaisance, lorsque l’acte n’a aucune contrepartie pécuniaire. Ex. : la donation: transfert de propriété entre vifs; le legs: transfert de propriété à cause de mort; la remise de dette, ... Le critère de base de l’acte à titre gratuit est l’«animus donandi», l’esprit de libéralité, on veut gratifier qqn. Il s’agit d’un acte juridique à titre onéreux lorsque l’acte a une contrepartie pécuniaire, une prestation appréciable en argent. Ex.: la vente, le contrat d’entreprise, l’échange, ... L’idée de base de l’acte onéreux est le «do ut des», «je donne pour que tu donnes». La prestation de l’un a nécessairement pour contrepartie la prestation de l’autre.L’intérêt de cette classification: Lorsque l’acte est à titre gratuit le législateur protège celui qui donne / preste qqch. sans obtenir quelque chose en contrepartie. Ex.: le dépôt, le mandat, le prêt,... qui sont en principe des contrats à titre gratuit. Vu que ce sont des contrats à titre gratuit, la responsabilité du dépositaire / mandataire est atténuée / limitée.    Caractère: actes conservatoires, actes d’administration, actes de disposition. L’acte conservatoire tend à maintenir le patrimoine dans son état actuel et à ne pas laisser perdre une valeur ou un droit. Ex. : inscrire une hypothèque, l’interruption d’une prescription, …L’acte d’administration est un acte qui tend à faire fructifier un bien sans en compromettre la valeur en capital. Ex.: location d’une maison, remettre de l’argent à une banque, ...L’acte de disposition est un acte qui porte ou qui risque de porter atteinte à la valeur d’un bien. Ex.: aliéner, détruire un bien. Intérêt de cette distinction: éviter que face à un bien quelconque un sujet de droit peut faire des actes de gravité variable. On rencontre cette sorte de distinction en matière de tutelle: un tuteur ne peut faire des actes de disposition qu’avec le consentement du juge de tutelle ou du conseil de famille. Classification: acte entre vifs / actes à cause de mort L’acte est entre vifs lorsque les effets de l’acte se produisent au cours du vivant des personnes. Ex. : donation.L’acte est à cause de mort lorsque l’acte ne se fait qu’au décès, lorsque les effets ne se produisent qu’au décès de l’une des parties. La plupart des actes sont des actes entre vifs. Le législateur a toujours eu une méfiance extrême, provenant de la religion, vis-à-vis des actes qui sont faits à cause de mort. «Il est contraire aux bonnes moeurs la spéculation sur la mort d’autrui», art.1130 CC. Le législateur a voulu éviter toute spéculation sur la mort et a prohibé les pactes sur une succession future. Il a prohibé toutes les spéculations en général sur la mort, à l’exception des actes qui sont expressément prévus par la loi. Ex.: les testaments, le mandat post mortem (art.2003 CC). Classification: actes simples, complexes, à procédure. (cette classification est plus importante en droit public) Un acte juridique simple est un acte qui est parfait soit par la simple manifestation de volonté, soit par le concours de volontés. Ex.: la reconnaissance d’enfant, le jugement,…La plupart des actes juridiques sont des actes juridiques simples.L’acte juridique complexe est un acte juridique où la manifestation de volonté ou le concours de plusieurs volontés ne suffisent pas pour que l’acte soit parfait. Ex.: les actes/contrats dits «réels». Pour certains actes juridiques la remise de la chose est essentielle pour la validité de l’acte. Ex.: en droit romain la vente ne devenait parfaite que lors de la remise de la chose. Ex.: le dépôt, le prêt, le gage, la donation,…Les actes à procédure sont des actes juridiques qui ne deviennent parfaits que de manière graduelle au cours d’une procédure plus ou moins compliquée. Ex.: la loi. Pour que le Grand-Duc puisse signer une loi, toute une procédure doit être respectée préalablement. Autres ex.: le règlement grand-ducal, le jugement,… En matière de droit privé: le mariage. Intérêt de cette classification: Dans les actes complexes ou à procédure, l’acte est nul si toutes les étapes de la procédure n’ont pas été respectées. Ce qui compte n’est pas le résultat, mais le respect de toutes les étapes. Actes individuels /normatifs. Critère: la portée de l’acte.Un acte individuel est un acte juridique qui est fait en considération d’une personne ou d’une situation bien concrète. Ex.: les contrats en droit privé, ... En matière de droit public: la nomination des fonctionnaires, la délivrance d’un permis de conduire, le jugement.L’acte juridique normatif est un acte qui a pour contenu une règle plus ou moins générale, respectivement qui s’applique à une multitude de personnes. Ex.: la loi, le règlement général,... Acte normatif en droit privé: les statuts d’une société commerciale, les conventions collectives de travail. Classification: Les actes-condition.  Ce sont des actes juridiques particuliers. En règle générale, le contenu d’un acte juridique est librement déterminé par celui qui pose l’acte juridique. Ex.: art.1134 CC. Il y a certains actes juridiques que le justiciable est libre de poser ou de ne pas poser, mais dont le contenu ou les effets sont totalement ou en grande partie préétablis à l’avance. On reste libre d’entrer dans l’acte, mais on n’a qu’une liberté réduite ou pas du tout de liberté pour déterminer le contenu et les effets. Une fois qu’on est entré dans l’acte, on n’a qu’une liberté limitée. Les actes-condition sont des actes juridiques qu’on est libre de faire, mais dont les conditions sont préétablies. Ex.: le mariage, l’adoption(une fois que l’adoptant a procédé à une adoption, il doit assumer les obligations et les droits qui en découlent), un jugement pénal (si le juge reconnaît la culpabilité de l’accusé, il doit le condamner selon les règles prévues).  Qui détermine les conditions à l’avance? Parfois le contenu est déterminé d’avance par la loi(ex.: le mariage, l’adoption,...), parfois par la volonté privée. On est alors en présence d’un contrat d’adhésion. C’est un contrat qui en réalité est un acte-condition, parce que l’une des parties n’a aucune influence sur le contenu du contrat. Ex.: contrat d’assurance, contrat bancaire, contrat de transport,… Le justiciable n’a que le choix de poser l’acte ou de ne pas le poser. Ces contrats d’adhésion sont un phénomène extrêmement important dans la vie privée.Dans quelle mesure les conditions sont-elles établies en avance? Parfois totalement: contrat de transport. Parfois partiellement: jugement.Apparus dans les années 60 : ceux qui sont économiquement forts imposent leur volonté aux économiquement plus faibles.    3.) Les conditions de validité des actes juridiques :  On parle ici de la validité de tous les actes juridiques (pas seulement des contrats).Acte juridique: manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques. Ce qui importe pour la validité des actes juridiques est la manifestation de la volonté. Pour arriver à l’effet voulu, il faut que la manifestation de volonté remplisse certaines conditions. Corollaire: Si une des conditions n’est pas remplie, l’acte juridique n’est pas valable, donc les effets ne se produisent pas, l’acte juridique est nul. Ces conditions impliquent une sanction importante. La sanction est la nullité.Art. 1108 exige: - consentement des 2 parties- capacité de contracter- objet certain- cause licite de l’obligation Les conditions de validité des actes juridiques: l.) L’existence d’une volonté saine. C’est une condition essentielle. La volonté ne peut pas se manifester n’importe comment. Seule la volonté saine peut engendrer un acte juridique valable et des effets juridiques. La volonté est saine lorsqu’elle répond à 3 conditions: lorsqu’elle est claire, libre et éclairée. Il faut que les 3 conditions soient remplies cumulativement.La volonté est claire lorsqu’elle n’est pas ambiguë, lorsqu’il n’y a aucun doute, lorsqu’elle est certaine. Elle est libre lorsqu’elle a été donnée sans contrainte, en toute liberté, si elle n’a pas été forcée; éclairée lorsque celui qui a manifesté la volonté était parfaitement informé, a pris sa décision en pleine connaissance de cause, en ayant tous les éléments nécessaires pour prendre la décision. Le législateur a envisagé la volonté de façon négative en parlant des «maladies» de la volonté. Celles-ci sont appelées les vices du consentement. La volonté n’est pas saine lorsqu’elle est viciée. Les vices de la volonté: 1. l’erreur,2. le dol, 3. la violence, 4. la lésion.1.  L’erreur est une entrave à la volonté éclairée.2.  Le dol est une entrave à la volonté libre.3.  La violence est une entrave à la volonté éclairée ou libre. P.ex. : chantage.4.  La lésion est un vice très particulier, car attaché à la formation de la volonté. Dans les 4 vices du consentement on ne retrouve pas les 3 conditions de la volonté saine. L’idée de la volonté claire n’est pas reprise dans les vices. La lésion ne repose pas sur une des 3 conditions de la volonté saine, mais sur l’équité. Interprétation des conventions: art. 1156 CC.Art.1109: Il n’y a pas de volonté saine si elle a été donnée par erreur, extractée par la violence, par le dol ou par lésion. - L’erreur (art.l110 CC) :L’erreur est un vice qui implique que celui dans le chef duquel est né la volonté s’est trompé. L’erreur est une chose subjective qui se produit dans la personne même. L’erreur peut porter sur une chose ou sur une personne. Elle peut être une erreur de fait ou une erreur de droit. Celui qui a commis l’erreur peut demander la résiliation de l’acte. La sanction est la nullité. L’erreur est spontanée. - Le  dol (art. 1116 CC) :C’est une notion du droit pénal. Dol=mauvaise foi, mauvaise volonté. Ici le dol n’est pas utilisé ainsi. Le dol est une manoeuvre pratiquée par une personne sur une autre personne qui pose un acte juridique, tout en étant certain que si la manoeuvre n’avait pas été pratiquée, la 2ème personne n’aurait pas posé, ou posé différemment, l’acte juridique. Il y a intervention d’un tiers. Celui qui pose l’acte est trompé. (Il ne se trompe pas.) Le dol est toujours provoqué. Dans ce contexte il ne s’agit pas toujours d’une notion pénale. Sanction: l’acte juridique est nul. - La violence (art.111l + suiv. CC) :Art.1112: La violence est un acte qui impressionne toute personne raisonnable et qui concerne sa vie ou sa personne. La violence peut être matérielle ou morale. La violence est souvent liée à une infraction pénale. La violence est appréciée de façon subjective selon les conditions, les circonstances. La violence peut émaner d’un tiers. - La lésion(art.1118 CC, modifié en droit lux. par la loi du 19/5/1987) :Définition classique: La lésion n’est pas une cause générale du vice de la volonté. Ce n’est qu’un vice de la volonté dans certains cas, expressément prévus par la loi.  La lésion est un vice du consentement dans les contrats. Lorsqu’il y a prestations réciproques, les prestations doivent être égales. Les prestations ne sont pas égales si une prestation est pécuniairement plus importante que l’autre. Lésion en général(art.1118CC) :Laesio majorum= lésion des majeurs, lésion tj spéciale (prévue par des lois particulières, toujours chiffrée : on est lésé de 7/12, de ¾,…). Laesio minorum (art. 1305) :L’acte juridique d’un mineur devrait être nul. Le contrat fait par un mineur n’est susceptible de nullité que si le mineur a été lésé.  Art.1674 CC :-  7/12: Si le vendeur est lésé de plus de 7/12 dans la vente d’un immeuble, il peut demander la rescision du contrat pour lésion.- 3/4: En matière de partage. Si une personne a reçu moins de 3/4 de ce à quoi elle avait eu droit, elle peut demander la rescision.   2.) Capacité juridique.Acte posé par un sujet de droit parfaitement capable de poser l’acte juridique en cause. Exception à la plénitude de la personne juridique : incapacités. Pour poser valablement l’acte juridique, la personne doit remplir certaines conditions, elle doit avoir la capacité juridique. Les personnes morales ne peuvent faire des actes jur. que si ceux-ci font partie de leur objectif social. Il faut savoir si la volonté intérieure est valable et si des pers. phys. ont signé pour la pers. morale. Sanction: la nullité.Exception: minorité -> nullité si en plus il y a lésion. 3.)  Forme.Historiquement le formalisme jouait un rôle dans la religion et en droit. Il était le plus souvent très important pour la validité d’un acte juridique. En 1804, en droit privé, l’idée était de ne plus ériger de formalisme en principe, mais de se baser sur le consensualisme (volontés qui se rencontrent, se manifestent, indépendamment de toute forme). Le formalisme est l’exception, le consensualisme est le principe. Loysel (17e siècle): on lie les boeufs par les cornes, les hommes par leur parole(=pas respecter des formes précises). Exception « ad validitatem » : il faut alors des formalités pour que l’acte soit valable.En matière de droit public, le formalisme joue encore un rôle plus important. Le formalisme peut même souffrir une certaine gradation. Il y a des formes simples ou des formes plus contraignantes. Un acte solennel est un acte particulièrement formaliste. Il faut alors même respecter un certain langage. Ex. en droit privé: le mariage, le serment,…Lorsque qqn. veut poser sa volonté en droit public, il faut que la loi le lui dise explicitement. L’auteur doit avoir reçu spécialement compétence, sinon l’acte peut être annulé p.ex. par le Tribunal admin.  Chapitre 4 : Classification des droits subjectifs Section 1 :1er critère de classification 1.)  Droits subjectifs patrimoniaux. Raison d’être des droit subjectif patrimoniaux : essentiellement des raisons économiques. Il s’agit automatiquement de biens, corporels ou incorporels. Ces droits sont dans le commerce, ils sont librement cessibles, transmissibles et prescriptionriptibles. Ils sont évaluables en argent.  2.)  Droits subjectifs extrapatrimoniaux. Raison d’être des droits subjectif extrapatrimoniaux: protection de la pers. humaine, garantir la protection de la société humaine. Art. 1128CC : droits extrapatrimoniaux = droits de l’homme, droits relatifs à l’état civil,… Ils ne sont pas évaluables en argent, sont hors commerce, intransmissibles(succession :s'éteignent avec la mort), incessibles et  imprescriptibles(ne peuvent s’acquérir à la prescription acquisitive, ni se perdre à la prescription. extinctive).  **Section 2 : 2e critère de classification des droits subjectif** (suivant l’objet sur lequel ils portent) Droits subj.: droits de la personne(1), droits réels(2) et droits personnels(de créance)(3). (1): Les droits de la personnalité. Droits qui assurent à leurs sujets la maîtrise des attributs essentiels de leur personnalité. Concernent surtout pers. physiques mais aussi pers. morales à but non lucratif. Droits de personnalité : 1a pers. morale peut vendre sa liberté, la pers. phys. ne le peut pas : droits de la pers.=droits subjectif patrimoniaux(pers. morales à but lucratif) et extrapatrimoniaux(pers. phys.). (2) : Les droits réels, personnels et intellectuels(aspect moral(extrapatrimonial)/matériel).  Droit réel = ius in re, droit personnel = ius ad rem/in personam. Le droit réel = droit subjectif portant directement sur une chose, sans devoir passer par l’intermédiaire d’1 personne. Droits réels limitativement énumérés par la loi : il n’y a qu’un seul droit réel, le droit de propriété immédiat dans la chose. Les droits réels confèrent au titulaire 2 droits que les autres droits subjectif ne confèrent pas : le droit de suite(pour revendiquer le bien entre les mains d’autrui), et le droit de préférence( possibilité d’obtenir le remboursement de sa créance en premier, avant les autres créanciers, car l’argent du débiteur vient de la vente du bien réel de celui qui reçoit le remboursement en premier lieu). Droits personnels = ius in personam : droit contre une pers., droit de créance contre le débiteur(ex. : accident de voiture). Aussi appelé jus ad rem : droit vers le bien : on va exercer le droit contre le patrimoine de l’autre, car on obtiendra des d&i. Les droits intellectuels = droits subjectif dont l’objet est la protection des productions intellectuelles, de l’esprit humain. Inventions(donnent droit au brevet), marques, design(carrosserie, vêtements,…), dessins et modèles(chansons, livres, peindre des tableaux,… donnent naiss. aux droits d’auteur).Volet matériel : on peut les monnayer, appréciation en argent, droits patrimoniaux.Volet moral : protection de la production intellectuelle(ex. : contre changement,…).**Recopier le code** CAPTCHA Image  http://www.cours-de-droit.net/websites/imgs/captcha_ico.png |  |