**INTRODUCTION Générale Au Droit**

* En quoi consistent les études de droit ?
* Le droit est une science humaine (= molle) dont l’objet est l’étude de l’Homme en tant qu’être social. La règle de droit est attachée à la vie sociale. Dès qu’il y a société, il y a nécessairement apparition de règles. Chaque société à ses propres règles en fonction de sa vision de la société.
* Pas de société sans droit, pas de droit sans société.
* Pour les romains, le droit était aussi un art (l’art du bon et du juste : *« Jus est ars boni et aequi »*) en plus d’être une science.
* La science du droit (d’après le Cornu) : la connaissance approfondie et méthodique du droit englobant non seulement celle de ses règles, mais la maitrise de l’ensemble des ressources de la pensée juridique (le raisonnement juridique, la qualification et l’interprétation). C’est également le savoir pratique qui gouverne l’application du droit c'est-à-dire l’apprentissage de la rédaction de texte ou l’élaboration d’acte par exemple.

La science du droit a donc bien pour objet d’étude les règles juridiques qui gouvernent notre vie en société.

Comme toutes les sciences, le droit à son jargon, son vocabulaire spécifique car :

* Langage conservateur : il est émaillé de formule latine ou issue de l’ancien français. Beaucoup de mot du droit sont des termes de langage courant ayant disparu de celui-ci.
* Langage technique car il est au service d’une science. Il se caractérise par l’usage de mot destiné à décrire des situations juridiques (mots inventés que pour le droit) (ex : contrat synallagmatique = réciprocité donateur/donataire).
* C’est un langage rigoureux, il est mal venu d’utiliser un mot à la place d’un autre parce qu’il traite de situation voisine. A chaque mot est associée sa situation (ex : l’action de prendre une décision n’est pas définie par le même mot en droit selon qui prendra la décision : si c’est le législateur qui prend la décision, on dit que le législateur dispose, énonce ou proclame, si ce sont des contractants on dit qu’ils conviennent ou stipulent).
* C’est aussi un langage qui utilise de nombreux polysèmes (mots à sens multiples). Parfois ces mots ont un sens dans le langage courant et un sens dans le langage juridique (parfois très différents) (ex : le fruit, en droit, c’est le revenu d’un bien (fruit de l’immeuble = loyer de l’immeuble ; la grosse = l’original du jugement revêtu de la formule exécutoire ; meuble = chose qu’on peut bouger ; immeuble = chose qu’on ne peut bouger etc.) Le mot peut également être un polysème juridique c'est-à-dire qu’il peut avoir plusieurs sens différents dans le droit (ex : la loi, toutes les règles de droit écrites (sens large) ; la loi désigne uniquement la règle de droit votée par le pouvoir législatif (sens le plus stricte)).
* Avec quoi on étudie le droit ?
* Les cours magistraux (= donnés par un maître)
* Les TD
* Les manuels et traités (Précis Dalloz (collection) « introduction générale au droit », auteur : François T ; Jean Luc Aubert, collection U« Intro droit et thèmes fondamentaux du droit civil »;

Jean Carbonier (collection Thémys) « traité de droit civil » ; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux « intro générale »)

* Le Code Civil
* Internet : légifrance
* Qu’est-ce qu’un code ? C’est un corps cohérent de textes englobant, selon un plan systématique, l’ensemble des règles de droit relatives à une matière.
* Les revues juridiques
* Qu’est-ce qu’un cours d’introduction générale au droit ?

Il ne s’agit pas de se concentrer uniquement sur le droit civil mais d’avoir une optique plus générale en posant les premiers repères et en abordant les notions fondamentales autour desquelles s’ordonne l’étude du droit.

* Qu’est-ce que le droit civil ?

C’est une branche du droit privé et peut être défini comme l’ensemble des règles qui assurent l’individualisation de la personne dans la société et celle qui organisent les principaux rapports de la vie en société. Le droit civil est le droit commun du droit privé. Il intéresse la personne (toutes les règles de droit relatives à l’état des personnes, droits fondamentaux des personnes), les contrats entre particuliers, la responsabilité civile (obligation de réparer le préjudice injustement causé à autrui), les contrats spéciaux.

* Qu’est-ce que le droit ? (question essentielle) Le mot droit est un polysème. En matière juridique, il a plusieurs sens :
	+ **1er sens :** l’ensemble des règles de conduite destinées à organiser, dans une société donnée, les rapports entre les Hommes : c’est le droit objectif.Le droit positif c’est la règle de droit applicable à une époque donnée, dans une société donnée, sur un sujet privé.
	+ **2ème sens :** les prérogatives reconnues par le droit objectif à un individu ou à un groupe d’individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir à l’égard des autres en invoquant, s’il y a lieu, la protection des pouvoirs publics : ceux sont les droits subjectifs.

**Première partie : L’étude du droit objectif**

Le droit objectif c’est l’ensemble des règles de droit régissant la vie en société. Chaque société à son droit objectif. Plus la société est complexe, plus les règles sont nombreuses.

**Titre 1 : La règle de droit**

La règle de droit a pour objet d’organiser la vie en société et les relations entre les membres qui la compose. Mais elles ne sont pas les seules (ex : règles religieuses, règles morales, règles de bienséance).

Comment distinguer la règle de droit des autres règles ?

**Chapitre 1 : Les caractères de la règle de droit**

Le caractère principal de la règle de droit : la coercition étatique.

**Section 1 :** **Les caractères généraux de la règle de droit**

La règle de droit est une règle de conduite imposée aux hommes qui présente plusieurs caractères généraux :

* Elle est générale et impersonnelle,
* Elle a une finalité sociale et
* Elle est extérieure
1. **Le caractère général et impersonnel de la règle de droit**

Dire que la règle de droit est *générale* cela veut dire qu’elle s’applique sur tout le territoire français et pour tous les faits qui s’y produisent. Dire qu’elle est *impersonnelle (ou abstraite)* c’est dire qu’elle n’est pas faite pour un cas particulier et qu’elle a vocation à s’appliquer à tous ceux qui se trouveront dans une situation précise déterminée par la règle.

Est-ce que ce caractère général et impersonnel est une caractéristique propre de la règle de droit ? Ce caractère n’est pas propre à la règle de droit. Toute mesure qui prétend être une règle doit être générale et impersonnelle (ex : un décret qui porte nomination d’un fonctionnaire n’est pas une règle de droit, c’est une décision administrative car elle ne concerne qu’une seule personne).

1. **La finalité sociale de la règle de droit**

Quel est le lien entre société et règle de droit ? De manière évidente, la règle de droit à une finalité sociale très importante. Mais on ne peut pas dire que les autres règles de conduite n’ont aucune finalité sociale (ex : la règle morale tend au perfectionnement intérieur de l’individu, sa finalité première n’est pas une finalité sociale. La règle religieuse à pour finalité première le salut de l’âme). Parfois même, la règle de droit n’hésitera pas à aller à l’encontre de l’intérêt de la société si cela permet un meilleur fonctionnement de la société (ex : le divorce est consacré par le droit objectif) (ex : une règle morale impose de respecter la parole que l’on a donnée et pourtant une règle de droit prévoit que, passé un certain délai, du fait de la prescription, celui qui doit une somme d’argent à autrui (par exemple) pourra refuser de la payer). Notre société à décider de faire primer la finalité sociale tout en gardant en tête les autres règles. La finalité principale de la règle de droit est que la société fonctionne bien.

La finalité sociale n’est pas le critère principal de la règle de droit. Il y a une finalité sociale (plus ou moins importante) dans toutes les règles (ex : la morale est de plus en plus impliquée dans la société avec une évolution de la notion : on voit apparaître la morale sociale ou citoyenneté). Les règles de savoir vivre ont une grosse finalité sociale mais ce n’est pas la même finalité sociale. La finalité sociale de la règle de droit est son moteur. Certaines règles de droit peuvent être adoptées par le droit.

1. **Le caractère extérieur de la règle de droit**

La règle de droit est extérieure. Cela signifie qu’elle ne dépend pas de la volonté de celui qui y est soumis. Ce n’est pas une contrainte que chacun s’impose spontanément, c’est un ordre (parfois une suggestion) imposée à chaque membre du corps social. C’est, selon Kant, ce qui justement distingue la règle morale de la règle droit. En effet la règle morale est intérieure à la personne, elle est le produit de sa conscience : c’est le sujet qui se l’impose. Ce caractère extérieure, s’il est présent dans la règle de droit, une fois encore n’est pas propre à la règle de droit (ex : les règles religieuses sont également extérieure, ce n’est pas le croyant qui choisit et qui s’impose ses obligations). Ce qui permet de distinguer la règle de droit des autres règles c’est la coercition étatique.

**Section 2 :** **Le caractère spécifique de la règle de droit : la coercition étatique**

1. **La notion de coercition étatique**

On entend par coercition étatique une contrainte émanent de l’Etat. Ce qui caractérise la règle de droit c’est d’être rendue obligatoire et sanctionnée par l’Etat : c’est un Etat de droit (la sanction est inhérente de la règle de droit). En effet si toutes règles de conduites humaines comportent une sanction, seule la règle de droit comporte une sanction émanent de l’Etat (ex : les règles de savoir-vivre, religieuses ou morales ont une sanction mais qui ne vient pas de l’Etat). Une règle morale va pouvoir devenir une règle de droit quand la société décide de la rendre obligatoire et que l’Etat prévoit une sanction en cas de manquement à cette règle. Parfois la frontière entre règle de droit et règle morale est moins nette : c’est le cas quand on est en présence d’une obligation naturelle.

Des obligations naturelles sont des devoirs de conscience qui, en tant que telle, ne peuvent pas faire l’objet d’une contrainte juridique (ex : le droit entre certaines personnes de la famille). Si les individus appliquent volontairement, en connaissance de cause, ce devoir de conscience, alors il devient juridique (ex : le prêt entre frère et sœur). Celui qui a accompli ce devoir de conscience ne peut demander la restitution de ce qu’il a donné. L’obligation naturelle qui n’était pas juridique, se transforme en obligation juridique au point qu’on peut imposer, à celui qui a accompli ce devoir, de continuer.

1. **Les conséquences du caractère coercitif de la règle de droit**

2 conséquences :

* La règle de droit est obligatoire
* Elle est aussi assortie d’une sanction
1. **Le caractère obligatoire de la règle de droit**

La règle de droit étant destinée à organiser la société et les rapports entre ses membres, il est nécessaire qu’elle soit respectée par tous et elle doit donc être imposée. Toutefois le caractère obligatoire de la règle de droit est susceptible de degré. On distingue en effet, parmi les règles de droit, les règles impératives et les règles supplétives :

Une règle de droit impérative est une règle qui ordonne ou interdis une conduite sans que le sujet puisse s’y soustraire (ex : art 6 du Code Civil dispose « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs » = il est impossible d’aller contre certaines règles). L’ordre public correspond aux valeurs fondamentales de la société : on ne peut y déroger. Cette notion d’ordre public a évolué : longtemps, l’ordre public était politique et protégeait la famille, la personne et l’Etat ; à l’époque moderne est apparu un nouvel ordre public d’inspiration économique : on parle d’ordre public de protection (il s’agit de fixer des règles impératives au bénéfice de l’économiquement faible) et d’ordre public de direction (pour protéger l’économie on la dirige en fixant des règles impératives auxquelles tous les acteurs économiques doivent obéir). Aujourd’hui l’ordre public de direction est en régression alors que l’ordre public de protection s’est beaucoup développé.

On trouve également des règles supplétives (appelées règles supplétives de volonté). Ceux sont celles qui peuvent être écartées par les sujets du droit, ils peuvent décider de ne pas s’y soumettre. Elle n’est, au départ, qu’une suggestion et s’applique et devient obligatoire que si les sujets de droit n’ont pas exprimé de volonté particulière pour l’organisation de leur situation juridique : dans ce cas, la règle supplétive supplée l’absence de volonté du sujet (ex : dans le mariage, il y a deux types de règles : les règles qui organisent les relations personnelles des époux et les règles qui organisent les relations patrimoniales. On choisit un régime matrimonial : régime de communauté universelle, régime de séparation de biens etc. La société choisit pour les époux si jamais ils n’ont pas pris de décision sur le régime matrimonial : le régime légal est celui de la communauté réduite aux acquêts). Autre exemple, l’article 1609 du Code Civil prévoit que, lorsqu’une chose est vendue, elle doit être livrée à l’acheteur à l’endroit où elle se trouvait au moment de la conclusion du contrat.

Cas particulier : l’article 371 du Code civil : « l’enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses pères et mères. » Est-ce vraiment une règle de droit ?

1. **La sanction de la règle de droit**

La règle de droit est toujours assortie d’une sanction émanant de l’Etat (institutions mises en place). En quoi consiste cette sanction ? On peut distinguer trois grands types de sanctions (elles peuvent se cumuler) :

* La sanction peut consister en une exécution contrainte de la règle de droit. Dans ce cas-là, l’autorité chargée de faire respecter la règle en demande directement l’exécution en ayant recours, si nécessaire, à la force publique (à utiliser avec modération ; ça passe avant par un jugement qui certifie que la règle de droit n’a pas été respectée). Il faut d’abord lancer une procédure qui vise à respecter les libertés de l’individu.
* La sanction réparatrice vise à réparer les conséquences du non respect de la règle de droit (plus une compensation qu’une réparation). On trouve également la condamnation au paiement de dommages-intérêts (ex : mamie sous tutelle qui prête de l’argent sans prendre conscience de son geste : annulation du contrat).
* Sanctions punitives qui relèvent essentiellement du droit pénal : cette sanction ne peut s’appliquer que si les citoyens sont prévenus que leur geste est interdit par la loi. Le droit pénal ne puni pas toutes les violations de la règle de droit. Les peines pénales sont destinées à punir les manquements à la règle de droit constituant une infraction. Trois types d’infraction : contravention, délit et crime. Cette peine consiste soit en une amende (argent versé à l’Etat) soit en une mesure d’emprisonnement. Il existe quelques sanctions civiles comme l’indignité successorale ou le recel successoral.
1. **Le fondement du caractère coercitif de la règle de droit**

Fondement = idée de cause, origine.

Qu’est-ce qui fait qu’une règle de droit est obligatoire ?

Les réponses à cette question sont très nombreuses mais peuvent être rangées en deux grandes catégories : les naturalistes d’un côté et les positivistes de l’autre. En effet, pour les naturalistes, le fondement de la règle de droit est le droit naturel c’est-à-dire, l’ensemble des règles idéales de conduite humaine auxquelles le droit positif doit être soumis. Pour ces philosophes, si la règle de droit est conforme aux principes de droit naturel (supérieurs à nous), elle tire de cette conformité son caractère coercitif. A l’inverse, elle est injuste et on peut lui désobéir.

Qu’est-ce qui constitue le droit naturel ? Plusieurs conceptions du droit naturel : pour les uns comme Aristote, ce droit naturel c’est un principe supérieur de justice inscrit dans la nature des choses. Pour les autres comme St Thomas Dacquin, la loi naturel est inspirée par Dieu. Enfin certains auteurs considèrent que le droit naturel doit se déduire de la nature de l’Homme. Grotius, philosophe naturaliste.

Pour les positivistes, le droit naturel n’existe pas, seul existe le droit positif ? Le droit positif est le droit en vigueur aujourd’hui dans un pays donné. Pour eux, il n’y a que les règles que l’on applique. Pour certains positivistes, c’est l’autorité de l’Etat qui confère à la règle de droit son caractère coercitif : c’est le positivisme étatique ou le positivisme juridique. D’autres considèrent que la règle de droit est un moyen de défense sociale et c’est de cela qu’elle tire son caractère coercitif : c’est le positivisme sociologique. Enfin, pour les Marxistes, la règle de droit est un moyen d’oppression, par la classe dominante, des classes laborieuses.

Puisque la règle de droit est censée assurer une meilleure vie en société, alors elle va intervenir dans tous les domaines de la vie en société. Or chacun de ces domaines à ses particularités et obéit à une logique qui lui est propre (ex : on ne peut réglementer le mariage comme on réglemente une entreprise commerciale). Or, le droit objectif n’est pas un bloc, il comporte différentes branches qui rassemblent les règles de droit par spécialité.

**Chapitre 2 : Le regroupement des règles de droit par spécialité : les différentes branches du droit objectif**

Le droit objectif doit prendre en compte la particularité des différentes situations sociales pour adapter les règles de droit aux nécessités propres à chaque domaine de l’activité sociale. On peut donc diviser le droit objectif en plusieurs ordres juridiques. Il existe trois ordres juridiques :

* L’ordre juridique international rassemble toutes les règles de droit qui s’intéressent aux relations qui existent entre les différents Etats ou entre leurs ressortissants. Au sein de l’ordre juridique international, on distingue le droit international public et le droit international privé

**Droit international public :** ensemble des règles de droit qui règlementent les relations entre Etats.

**Droit international privé :** ensemble des règles de droit qui règlementent les rapports entre des individus appartenant à des Etats différents (ex : conditions d’acquisition de la nationalité française).

* L’ordre juridique communautaire qui réunit l‘ensemble des règles de droit applicables entre les pays de l’UE et entre leurs ressortissants.
* L’ordre juridique interne réunit toutes les règles de droit qui s’intéressent aux relations entre les ressortissants d’un même Etat ou entre ressortissants et leur Etat. Il est lui-même divisé en deux parties : on trouve les règles de droit public et les règles de droit privé.

Le droit public regroupe l’ensemble des règles de droit qui régissent les rapports entre l’Etat et particuliers. Il se divise en plusieurs disciplines : le droit constitutionnel qui regroupe toutes les règles de droit relatives à l’organisation générale de l’Etat ; le droit administratif qui regroupe l’ensemble des règles concernant l’organisation des collectivités publiques et les services publics ainsi que leurs rapports avec les administrés ; les libertés publiques regroupent l’ensemble des règles qui fixent les pouvoirs et les libertés accordées aux particuliers face à l’Etat. On trouve enfin les finances publiques qui sont l’ensemble des règles de gestion des finances de l’Etat et des collectivités publiques.

Le droit privé regroupe l’ensemble des règles de droit qui régissent les rapports entre particuliers se subdivisent en deux branches : le droit civil et le droit commercial.

Le droit commercial désigne l’ensemble des règles qui régissent le statut du commerçant individuel, le fonctionnement des sociétés commerciales et les règles applicables aux actes de commerce.

Diviser les règles de droit entre règles de droit privé et règle de droit public peut sembler un peu artificiel. Pour réglementer certains aspects de la société, on a nécessairement besoin de réaliser une combinaison entre règles de droit privé et règle de droit public. Ainsi, certaines disciplines combinent des règles de droit public et des règles de droit privé : ce sont des disciplines mixtes.

C’est le cas du droit pénal qui se définie par l’ensemble des règles qui ont pour objet de définir et de sanctionner les infractions. Il appartient au droit privé car ses règles visent à protéger les particuliers contre d’éventuelles infractions commises par d’autres particuliers. Il appartient également au droit public car il sanctionne les infractions contre l’Etat et surtout les infractions sont déterminées en fonction de l’intérêt général et la sanction est assurée par la puissance publique.

On a aussi le droit judiciaire privé (discipline mixte) (avant procédure civile) qui regroupe l’ensemble des règles relatives à l’organisation judiciaire et à la procédure civile. Ces règles relèvent du droit privé puisqu’il s’agit de définir des moyens par lesquels les particuliers peuvent défendre leurs intérêts devant les juridictions civiles. Mais cette discipline relève aussi du droit public car les règles décrivent également le mode de fonctionnement et l’organisation du service public de la justice.

On a aussi le droit social qui regroupe l’ensemble des règles régissant les relations juridiques liées au travail salarié (droit du travail) et des règles relatives au droit de la sécurité sociale. Ce droit relève du droit privé car il s’intéresse à un type particulier de relation entre citoyens mais il relève également du droit public car il intègre des éléments de droit public comme l’inspection du travail ou l’organisation administrative de la sécurité sociale.

**Titre 2 : Les sources du droit objectif**

S’interroger sur les sources du droit objectif, c’est se demander quelle est l’origine des règles de droit qui sont appliquées dans notre société. Ces règles de droit ont, en effet, des origines très variées. Parmi toutes les sources possibles du droit objectif, il est d’usage de distinguer les sources écrites et les sources non-écrites (les plus importantes étant les sources écrites).

**Chapitre 1 : Les sources écrites du droit objectif**

**Section 1 : Présentation des différentes sources écrites du droit objectif**

**Paragraphe 1 : Les sources internationales et communautaires**

1. **Les traités internationaux (ou conventions internationales)**

Il s’agit d’accords écrits conclus par la France (ou entre la France) avec divers pays étrangers ou organisations internationales. Cet accord contient des clauses intéressant les relations entre Etats (règles de droit international public) mais contient également souvent des règles de droit privé dans un nombre très varié de domaine (ex : domaine du commerce, de l’industrie mais aussi beaucoup le domaine des droits de l’Homme, l’adoption). Le traité fait d’abord l’objet de négociations, une fois que les termes de l’accord sont fixés, les Etats signent le traité pour que ces termes restent fixés. Pour certains accords en forme simplifiées, les parties peuvent décider que la signature suffit pour les lier. En principe, l’entrée en vigueur en France, d’un traité ou d’une convention internationale est subordonnée, en plus de la signature, de la ratification de l’accord. Le temps écoulé entre la signature et la ratification peut être très long (ex : la Convention européenne des droits de l’Homme a été signée par la France en 1950 et la ratification a été faite en 1974).

La ratification c’est l’acte par lequel l’Etat confirme sa volonté de conclure le traité et accepte les règles qui en découlent. Le pouvoir de ratifier un traité est dévolu au pouvoir exécutif, en principe le président de la République. Mais lorsque le traité porte sur des matières très importantes énumérées à l’article 53 de la Constitution ou lorsqu’il modifie une loi, dans ces cas-là, le président de la République ne peut pas l’approuver ou le ratifier sans y avoir été autorisé par le Parlement (qui vote une loi l’y autorisant) ou par une loi voté par référendum (ex : le traité de Maastricht : le président ne pouvait pas le ratifier sans y avoir été autorisé par une loi voté par référendum). Une fois ratifié, le traité doit, enfin, être publié et cette publication se fait au Journal Officiel (JO).

De manière générale, les traités internationaux créent :

* Soit des obligations entre Etats, et dans ce cas les règles qu’ils contiennent ne peuvent pas être invoquées par les simples particuliers ;
* Soit, à l’inverse, le traité international prévoit des droits et des obligations au bénéfice des citoyens. Dans ce cas-là, les ressortissants des Etats parti au traité pourront invoquer ces règles devant les juridictions de leur pays. On dit que les conventions sont alors **d’applicabilité directe** ou **d’effet direct.** Ainsi, par exemple, la convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales (CEDH) est d’applicabilité directe ce qui signifie que les règles qu’elle pose peuvent être directement invoquées par les citoyens devant les juridictions de leur pays. Cette convention est une convention du conseil de l’Europe (ne pas confondre avec le conseil de l’UE qui lui est un organe communautaire). Le conseil de l’Europe est une organisation internationale instituée en 1949 pour promouvoir et sauvegarder les idéaux des pays européens (environ 40 membres). Cette convention permet aux sujets des Etats membres de soumettre leur cause à la cour européenne des droits de l’Homme (siège à Strasbourg, ne pas confondre avec la cours de justice des communautés européennes qui siège à Luxembourg et qui est une institution de l’UE). En effet quand tous les recours en droit interne sont épuisés, le citoyen peut saisir la cour européenne des droits de l’Homme contre l’Etat à qui on impute une violation de la convention. A l’issue de ce recours, l’Etat peut être condamné à payer une indemnité au plaignant.

En revanche, la convention des nations unies relative aux droits de l’enfant signée et ratifiée par la France en 1990 à longtemps posé des interrogations sur la question de savoir si elle était, ou non, d’application directe. Le Conseil d’Etat a accepté de juger de l’applicabilité directe de cette convention article par article.

A l’inverse, la cours de cassation a, dans un premier temps, apprécié cette applicabilité globale et en a déduit que cette convention n’avait pas d’applicabilité directe. Mais par une décision du 14 Juin 2005, la cour de cassation a abandonné sa position initiale et elle admet l’applicabilité de certains articles (art 3-1, 12-2).

La Constitution prévoit dans son article 55 qu’un traité ratifié et publié a une autorité supérieure à la loi.

1. **Les sources communautaires**

Le droit communautaire c’est l’ensemble des règles de droit qui émanent des institutions de l’UE. Il a pour origine trois traités constitutifs :

* + - Le traité de Paris entré en vigueur le 23 Juillet 1952 qui institué la CECA (Communauté Européenne du Charbon et de l’Acier) ; a prit fin en 2002.
		- Les deux traités de Rome du 25 Mars 1957 instituant la CEE (Communauté Economique Européenne) et l’Euratom (= Communauté Européenne de l’Energie Atomique)

Ces traités ont instauré les institutions communautaires.

Institutions :

* **Le Parlement européen :** composé de députés européens élus pour 5 ans par les citoyens des pays Européens. Ce Parlement partage le pouvoir législatif avec le Conseil de l’UE. Il peut adopter des directives ou des règlements européens.
* **Le Conseil de l’UE :** composé des ministres des Etats membres qui se réunissent pour débattre des directives ou des règlements qu’ils adopteront conjointement avec le Parlement.
* **La Commission Européenne :** composée de commissaires nommés pour 5 ans et qui est l’organe exécutif de l’UE ; c’est elle qui a l’initiative des lois et, dans la plupart des cas, le monopole de cette initiative. Une règle ne pourra pas être adoptée si elle n’a pas été proposée par la Commission Européenne. Elle prépare les propositions législatives de l’UE, met en œuvre les politiques, exécute le budget l’UE, défend les intérêts de l’ensemble de l’UE et veille au respect des traités et de la législation européenne par tous les états membres.
* **La Cour de justice européenne :** chargée de statuer sur l’application du droit communautaire et dont le siège est à Luxembourg.

Certaines institutions ont le pouvoir d’édicter des normes communautaires, des règles de droit ayant pour origine l’UE. Les règles qui émanent des institutions communautaires peuvent être distinguées en deux catégories :

* + On trouve, d’un côté, le droit communautaire originaire qui est l’ensemble des règles de droit posées par les traités constitutifs et les traités qui sont intervenus par la suite pour compléter, modifier ou étendre ces textes.
	+ On distingue, de l’autre côté, le droit communautaire dérivé qui est l’ensemble des règles de droit édictées par les institutions communautaires dotées du pouvoir législatif.

Le principe est que toute règle de droit communautaire est directement applicable dans les Etats membres dès lors qu’elle est claire, inconditionnelle et ne nécessite pas de mesure d’exécution. L’application directe du droit communautaire dérivé a parfois posé difficulté. En effet, deux types de textes peuvent être pris par les organes législatifs : les directives européennes et le règlement européen.

**Le règlement européen** est une règle générale et abstraite qui s’intègre directement dans le droit interne de tous les Etats membres et qui peut être invoqué directement par tous les citoyens.

**La directive européenne** a pour objet de fixer des objectifs que les Etats membres doivent s’efforcer d’atteindre en laissant aux instances nationales de chaque pays de l’UE le choix des moyens utilisés pour atteindre ces objectifs. En principe, donc, la directive européenne n’est pas applicable elle-même dans les pays de l’UE ; elle est transposée en droit interne (ex : avec le développement de la consommation de masse, les pays de l’UE se sont émus du développement de certaines pratiques imposées par le professionnel aux consommateurs. C’est ainsi qu’une directive européenne est intervenue pour définir une clause abusive et recommandait à chaque pays membres de mettre en place un système de lutte contre ces clauses. Face au retard de mise en œuvre de cette directive, la Cour de Cassation a accepté le recours direct à la directive et a sanctionné la clause).

Toutefois la cour de justice européenne a admis, qu’à titre exceptionnel, une directive européenne qui était suffisamment précise pouvait être directement invoquée par un particulier à l’encontre de son Etat si ce dernier s’abstient dans le délai imparti ou qu’il la transpose mal. **Toutes les règles de droit communautaires ont une autorité supérieure aux normes internes.**

**Paragraphe 2 : Les sources internes du droit objectif**

Le terme « loi » a une double signification : on distingue la loi au sens matériel et la loi au sens formel du terme.

* La définition matérielle de la loi est une définition large qui permet de qualifier de loi toutes les règles de droit écrites formulées par un organe compétent dans l’exercice du pouvoir législatif ou exécutif et qui présentent un caractère général, impersonnel et obligatoire. Si l’on retient une telle définition de la loi, toutes les sources écrites du droit objectif national sont des lois. Parmi ces lois au sens matériel, on peut distinguer deux catégories :
	+ - Lois au sens formel, au sens strict : la loi au sens formel désigne uniquement les dispositions émanent du pouvoir législatif (Parlement)
		- Les règlements : toutes règles de droit écrites émanent du pouvoir exécutif et des autorités administratives. En effet, dans notre pays, le Parlement n’a pas le monopole pour édicter des règles de droit.

Pour éviter que les pouvoir législatif et exécutif se contredisent, les articles 34 et 37 de la Constitution définissent les domaines d’intervention de la loi au sens formel et des règlements. L’article 34 énumère les domaines qui relèvent de la compétence exclusive du pouvoir législatif (ex : les libertés publiques, l’état et la capacité des personnes). L’article 37 défini tous les domaines qui relèvent de la compétence du pouvoir exécutif.

Nous allons donc énumérer les différentes catégories de normes que comportent chacune de ces catégories :

1. **Les différents types de lois au sens formel du terme**

3 catégories de lois :

* **La loi constitutionnelle** (ou Constitution) : peut être définie comme un ensemble de règles suprêmes fondant l’autorité étatique, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs et souvent aussi, lui imposant des limitations en particulier en garantissant des libertés aux sujets ou citoyens. La Constitution actuelle de la France est celle qui a été adoptée par référendum le 28 Septembre 1958 et promulguée le 4 Octobre 1958. Elle est le 15ème texte fondamental de la France depuis la Révolution française ou le 22ème si on compte les textes non appliqués. Elle a été souvent révisée (ex : par une loi constitutionnelle du 2 Octobre 2000 : révision du mandat présidentiel ; deux lois constitutionnelles du 1er Mars 2005 : l’une a réviser la partie de la Constitution consacré à l’UE et l’autre a intégrer à la Constitution, la Charte de l’Environnement de 2004 ; loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a porté de nombreuses modifications à la Constitution notamment pour améliorer le contrôle de la hiérarchie des normes). Par une décision du 16 Juillet 1971, le Conseil constitutionnel a rattaché à la constitution proprement dite, le préambule de la constitution de 1958. Par le jeu de renvois successif cela conduit à intégrer à la Constitution la DDHC du 26 Aout 1789, le préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946 ainsi que ce qui l’a désigné comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui sont une catégorie très hétérogène dans laquelle figure la liberté de droit aux funérailles. On appelle l’ensemble de ces textes le **bloc de constitutionnalité.**
* **Les lois organiques** sont les lois qui ont pour objet de fixer les modalités d’organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics (ex : élections du Président de la République). C’est la Constitution qui énumère les matières dans lesquelles peuvent intervenir de telles lois et, en raison de leur particularité et de leur importance, elles sont soumises à une procédure particulière (ex : le contrôle du Conseil constitutionnel est automatique, il s’assure de leur conformité à la Constitution avant leur promulgation).
* **Lois ordinaires** : toutes les autres lois votées par le Parlement ou, conformément à l’article 11 de la Constitution, adoptées par référendum.
1. **Les différents types de règlement**

Les règlements sont votés par le pouvoir exécutif.

Trois catégories de règlement :

* **Les décrets :** relèvent en principe de la compétence du Premier ministre mais le Président de la République peut se voir obtenir une compétence spéciale. On distingue les décrets simples qui sont signés par le Premier ministre ou le Président de la République avec le contreseing des ministres chargés leur exécution ; puis les décrets pris en conseil des ministres qui sont signés par le Président de la République avec le contreseing de tous les ministres. Puis, on distingue les décrets pris en conseil d’Etat soit spontanément par le pouvoir exécutif soit à la demande du législateur après avis d’une section du Conseil d’Etat. On distingue également les décrets d’après leur objet et il existe ainsi une distinction entre décret autonome qui sont pris à la seule initiative du pouvoir exécutif et les décrets d’application dont l’objet est de préciser les conditions de mise en œuvre d’une loi (ex : le 13 Mars 2000 a été pris une loi consistant à autoriser les preuves électroniques signées), il y a une coopération entre le législateur et le pouvoir exécutif qui prend les décrets d’application.
* **Les arrêtés :** on les distingue selon leur auteur. On distingue ainsi les arrêtés ministériels ou inter ministériels (un ou plusieurs ministres), ensuite il existe les arrêtés préfectoraux qui sont pris par les préfets qui ont donc un pouvoir réglementaire ; enfin il y a les arrêtés municipaux qui sont pris par le maire qui a le pouvoir réglementaire (très restreint dans sa commune).
* **Les circulaires :** en principe, la circulaire n’a pas valeur réglementaire. C’est un acte par lequel un ministre donne des instructions à des fonctionnaires pour le fonctionnement d’un service public. Toutefois, à titre exceptionnel, ces circulaires peuvent avoir valeur réglementaire et dans ce cas-là elles ont la même valeur qu’un arrêté ministériel.
1. **Les textes spéciaux**

Deux textes spéciaux :

* Les décisions de l’article 16 de la Constitution qui reconnaît au Président de la République, dans des circonstances d’une exceptionnelle gravité, le pouvoir de prendre, lui-même, les mesures exigées par ces circonstances. Dans ce cas, le Président détient à la fois le pouvoir législatif et la compétence réglementaire (ex : le Général de Gaulle a eu recours à cette procédure pendant la guerre d’Algérie principalement en matière pénale).
* Les ordonnances de l’article 38 de la Constitution : elles permettent au gouvernement de demander au Parlement, pour l’exécution de son programme, l’autorisation de prendre par ordonnance, pendant un temps limité, des mesures qui normalement relèvent de la compétence du pouvoir législatif (ex : en 2005, réformation de la filiation). Le Parlement donne son agrément au gouvernement par une loi d’habilitation qui va préciser le cadre précis de la délégation. Une fois adoptée, l’ordonnance devra être ratifiée par le Parlement. On assiste à une multiplication de ces ordonnances dans des domaines où on n’aurait peut-être pas imaginé le Parlement délégué sa compétence. Ainsi la grande réforme de la filiation a été réalisée par une ordonnance du 4 Juillet 2005. De la même manière, la réforme du droit des sûretés a été réalisée par l’ordonnance du 23 Mars 2006.

On constate que les textes qui contiennent des règles de droit, pris par les institutions françaises, sont nombreux. Face à cette diversité et cette multiplicité, le risque est que les règles ainsi édictées se contredisent. Or, si des règles se contredisent au lieu de contribuer au bon fonctionnement de la société, elles vont être source d’incertitude, de confusion et donc de désordre. Pour gérer la multitude ou concurrence des normes, on a essayé de trouver des moyens comme la séparation des pouvoirs ou la répartition des compétences. Le meilleur moyen de régler un conflit entre deux normes qui se contredisent c’est de ranger toutes les normes écrites dans un ordre de hiérarchie des normes.

**Section 2 : La hiérarchie des normes**

Les normes écrites nationales et internationales font l’objet d’un classement par ordre hiérarchique. Ce classement est directement inspiré du théoricien du droit Hans Kelsen, fondateur du positivisme étatique, pour qui toute norme juridique reçoit sa validité de sa conformité à une norme supérieure. Les normes écrites, dans notre pays, s’ordonnent donc selon une hiérarchie, on parle de pyramide des normes. Le principe étant qu’un texte de catégorie inférieur est toujours subordonné aux textes des catégories supérieures et ne peut donc y déroger. Mais, pour que cette pyramide, ne reste pas un agencement purement théorique, il existe plusieurs types de mécanismes destinés à la rendre la plus effective possible.

**Paragraphe 1 : L’ordre de hiérarchie**

**1er rang:** bloc de constitutionnalité

**2ème rang:** traités internationaux ratifiés et publiés et le droit communautaire.

Cet ordre de hiérarchie a parfois été contesté, certains auteurs estimaient que les traités avaient une autorité supérieure à la Constitution et ils prenaient comme argument le fait qu’un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié qu’après révision de la Constitution. Le Conseil d’Etat par un **arrêt Sarran du 30 Octobre 1998** a affirmé la supériorité de la Constitution. La supériorité de la Constitution au droit communautaire a également été contestée. Si elle a été affirmée par le Conseil d’Etat, en revanche la Cour de Justice Européenne affirme, quant à elle, que le droit communautaire a une autorité supérieure aux normes de droit interne quelque soit le rang de la norme nationale donc la constitution : **arrêt Costa du 15 Juillet 1964**

**3èmerang:** lois organiques

**4ème rang :** lois ordinaires, décisions de l’art 16 de la Constitution ayant un objet législatif, ordonnances du Président de la République ratifiées.

La suprématie du Parlement ayant disparue dans la Constitution, on la retrouve dans la hiérarchie

**5ème rang:** décrets autonomes, décisions de l’art 16 ayant un objet réglementaire

**6ème rang:** décrets d’application.

**7ème rang:** arrêts ministériels ou interministériels et circulaires à valeur règlementaire

**8ème rang:** arrêts préfectoraux

Cette hiérarchie ne peut fonctionner que si on met en place des mécanismes de contrôle.

 **Paragraphe 2 : Les mécanismes de sauvegarde du respect de la hiérarchie des normes**

1. **Les contrôles de constitutionnalité**

Quels sont les moyens et procédures qui existent pour s’assurer de la conformité des normes inférieures à la Constitution ?

Généralement, la seule « juridiction » qui est apte à décider si la Constitution a été respectée est le Conseil Constitutionnel.

1. **Contrôle de la conformité d’un traité à la Constitution**

L’article 54 de la Constitution permet au Président de la République, au Premier ministre, au Président de chacune des assemblées (Nationale et Sénat) ou à 60 députés ou Sénateurs, de saisir le Conseil Constitutionnel avant la ratification d’un traité pour juger si une clause de ce traité n’est pas contraire à la Constitution. Si le Conseil Constitutionnel considère qu’il y a contradiction entre les traités et la Constitution, l’autorisation de ratification du traité ne pourra être donnée qu’après révision de la Constitution. La seule faille de ce système est qu’il repose sur la vigilance des personnes habilitées à saisir le Conseil Constitutionnel.

1. **Le contrôle de la conformité d’un règlement communautaire à la Constitution**

Il n’existe pas de procédure permettant de veiller à la conformité des règlements européens à la Constitution. La Cour de Justice Européenne affirme que les actes pris par les institutions communautaires ne seraient être appréciées qu’en fonction du droit communautaire puisque c’est une source communautaire. Elles ne peuvent donc se voir opposer des règles de droit nationales quelle qu’elles soient. Toutefois, le respect des principes fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la cour européenne assure le respect. En revanche, parmi les normes communautaires, il existe des principes fondamentaux qui s’imposent à la cour européenne. Or, dans cette mission, la cour de justice européenne est tenue de s’inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres pour éviter que ne soient admises dans l’UE des règles incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par la Constitution de ces Etats.

La question s’est également posée à propos des directives. Par une décision de 2004, le Conseil Constitutionnel a envisagé l’éventualité de contrôler la conformité d’une directive à la Constitution à l’occasion d’une saisine pour contrôle de la constitutionnalité de la loi transposant cette directive en droit interne.

1. **Le contrôle de la conformité d’une loi à la Constitution**

Jusqu’à la dernière révision de la Constitution, il n’existait qu’une seule procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce contrôle est un contrôle préventif, à priori (avant que la loi entre en vigueur) confié au Conseil Constitutionnel. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008, une autre procédure de contrôle a été instaurée qui présente deux particularités :

* Si elle reste de la compétence du Conseil Constitutionnel, elle peut être initiée par un simple particulier.
* Cette nouvelle procédure de contrôle intervient à postériori (après l’entrée en vigueur de la loi) : c’est la QPC (= Question Prioritaire de Constitutionnalité)
1. **Le contrôle à priori de la constitutionnalité des lois par le Conseil Constitutionnel**

Le conseil constitutionnel peut être saisi pour juger de la conformité d’une loi à la Constitution après le vote de cette loi et avant sa promulgation par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de chacune des assemblées et 60 députés ou sénateurs. Si cette procédure n’a pas été lancée dans les délais, une loi contraire à la Constitution ne peut plus être écartée et sera donc promulguée. En revanche, si le conseil constitutionnel à été saisi et s’il déclare une disposition de la loi inconstitutionnelle, la loi ne peut ni être promulguée ni mise en application. Pour les lois organiques, la saisine du Conseil Constitutionnel est **obligatoire**. Pour les lois ordinaires, cela va dépendre. Cette procédure est depuis longtemps critiquée au motif que s’il existe un consensus politique pour ne pas déférer une loi, dont on aurait pu discuter la conformité de la Constitution, elle échappe alors à tout contrôle (ex : c’est ce qui se serait produit pour la loi prorogeant l’état d’urgence en 2005 ou encore pour la loi du 31 Janvier 2005 pour la modernisation du dialogue social). C’est pour éviter ce genre de situation qu’on suggérer régulièrement d’autorisé un simple particulier à saisir le Conseil Constitutionnel.

1. **Le contrôle a postériori de la constitutionnalité des lois par le conseil constitutionnel : la QPC**

Depuis la réforme du 23 Juillet 2008, le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose : « Lorsqu’à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantie, le Conseil Constitutionnel peut être saisit de cette question sur renvoi du conseil d’Etat ou de la Cours de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Il s’agit donc de critiquer la conformité d’une loi à la Constitution à l’occasion d’un procès portant sur l’application de cette loi. On notera que le texte ne limite pas cette procédure à certaines dispositions législatives : elles sont donc toutes concernées quelque soit leur ancienneté. La saisine du Conseil Constitutionnel ne se fait pas directement par le justiciable mais par la Cour de Cassation si le renvoi est demandé à l’occasion d’un procès en cours devant une juridiction judiciaire ou par le Conseil d’Etat si le procès est en cours devant une juridiction administrative. Ces deux juridictions apprécient l’opportunité de saisir le Conseil Constitutionnel et elles peuvent s’abstenir de le faire si elles considèrent que la disposition contestée n’est pas contraire à la Constitution. Pour ne pas trop retarder le procès en cours, la **loi organique du 10 Décembre 2009** est venue fixée le délai dans lequel les juridictions sont amenées à se prononcer (**3 mois**), et le Conseil Constitutionnel est tenu de prendre une décision dans un délai de **3 mois** à compter de sa saisie.

La nouvelle rédaction de **l’article 62 de la constitution** prévoit que si à l’issue de la procédure, le Conseil Constitutionnel conclu à l’inconstitutionnalité d’une disposition (= une partie précise de la loi), cette dernière se trouve *« ipso facto »* (= de ce seul fait) abrogée à compté de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel et dans les éventuelles conditions et limites qu’il fixe. On peut dire qu’aujourd’hui, avec la QPC, la conformité des lois à la Constitution est beaucoup mieux garantie.

1. **Conformité d’un règlement à la Constitution**

Il n’existe pas de procédure spécifique pour contrôler la conformité d’un règlement à la Constitution. Pour les règlements, il existe des procédures uniques qui sont les mêmes quelque soit la nature de la règle d’autorité supérieure que le règlement contredit.

1. **Le contrôle de la conformité d’une loi aux traités internationaux ou au droit communautaire**

L’article 55 de la Constitution consacre la supériorité des traités ratifiés sur les lois internes sous réserve de leur application par l’autre partie (la condition de réciprocité). De même, les normes communautaires ont une autorité supérieure à la loi votée par le Parlement français (sans condition de réciprocité). Dès lors, que se passe-t-il si la disposition d’un traité ou d’une norme communautaire est manifestement incompatible avec celle d’une loi votée par notre Parlement ? Il convient de faire primer l’application de la norme ou du traité communautaire sur celle de la loi. Il n’y a aucune procédure préventive pour éviter l’apparition de ces contradictions. Si ces contradictions existent, c’est le juge, saisi d’un procès à l’occasion duquel ces règles seront invoquées, qui sera le gardien de la hiérarchie car il devra écarter la disposition législative au profit de celle issue du traité ou de la norme communautaire. Cette solution n’a guère posé de difficulté dans le cas d’un traité postérieure à la loi nationale car, dans ce sens là, on pouvait considérer que la loi était implicitement abrogée par le traité pour tout ce qui révélait une contradiction. En revanche, lorsque la loi nationale est postérieure au traité ou à la norme communautaire, les juridictions ont pendant longtemps étaient réticente pour écarter la loi au profit de la norme communautaire. Ainsi ce n’est que depuis l’arrêt Nicolo du 20 Octobre 1989 que le Conseil d’Etat accepte de contrôler la conformité d’une loi à un traité et d’écarter la loi au profit du traité. Les juridictions judiciaires font de même depuis un arrêt rendu en Chambre mixte de la Cours de Cassation le 24 Mai 1975 (arrêt Jacques Vabres). En revanche le Conseil Constitutionnel à toujours refusé de s’occuper d’un tel contrôle. Il estime que cela n’entre pas dans ses attributions.

1. Le contrôle de la conformité des règlements aux normes d’autorité supérieure

Lorsqu’un règlement, quel qu’il soit, contredit une norme d’autorité supérieure, quelle qu’elle soit, il y a toujours deux mêmes procédure : l’exception d’illégalité et le recours pour excès de pouvoir.

1. L’exception d’illégalité

Il n’existe pas de contrôle préventif. Là encore, la contradiction va apparaître devant le juge. L’exception d’illégalité permet à un particulier de se défendre à l’occasion d’un procès en faisant valoir que le règlement invoqué contre lui est en contradiction avec une norme d’autorité supérieure et qu’il ne serait donc recevoir application. Si cette illégalité est retenue, il est écarté et toutes les décisions qui en découle seront privées des faits pour le justiciable. Le règlement n’est pas abrogé, il demeure valable et restera appliqué. La question qui se pose est : Est-ce que toutes les juridictions devant lesquelles est soulevée l’exception d’illégalité peuvent ou non se prononcer sur la légalité d’un règlement ?  Pour les juridictions administratives, il n’y a aucun problème. Pour les juridictions judiciaires, il faut distinguer : les juridictions répressives (pénales) pas de problème, en revanche les juridictions civiles ne peuvent pas apprécier la légalité d’un règlement. Le juge civil, si la question se pose devant lui, il doit sursoir à statuer (suspendre le procès) et saisir la juridiction administrative. Une fois que celle-ci s’est prononcée, le procès pourra reprendre. Il y a un seul cas où le juge civil peut exceptionnellement apprécier lui-même l’illégalité d’un règlement c’est lorsque ce règlement intéresse la liberté des particuliers, l’inviolabilité de leur domicile.

1. Le recours pour excès de pouvoir

A la différence de l’exception d’illégalité, le recours pour excès de pouvoir a pour but d’annuler le règlement incriminé. Si la nullité du règlement est prononcé elle jouera « erga homnes » (= à l’égard de tous). Cette procédure doit être menée devant les juridictions administratives dans les deux mois suivants la publication du règlement attaqué. Si dans le cadre de l’une ou l’autre de ces procédures, c’est la non-conformité d’un règlement à la Constitution qui est invoquée, le contrôle du juge est soumis à une règle particulière. Il faut distinguer deux hypothèses :

* S’il existe une loi ayant le même domaine d’application que le règlement : cette loi est qualifiée de loi écran c’est-à-dire une loi intercalée entre le règlement et la Constitution et dont les dispositions traitent de la même matière. Dans ce cas, les juges ne peuvent que contrôler la conformité du règlement à la loi.
* S’il n’y a pas de loi écran, le juge peut contrôler directement la conformité du règlement à la Constitution.

Section III : Application des lois et des règlements dans le temps et l’espace.

SS Section 1 : Application des lois dans le temps

Paragraphe 1 : La durée de validité des lois et des règlements

Les lois et les règlements deviennent obligatoires au jour de leur entrée en vigueur, et elles existent jusqu’à leur abrogation.

1. L’entrée en vigueur des lois et des règlements

Pour qu’une loi entre en vigueur, elle doit être promulguée puis publiée. Pour les règlements, la publication suffit.

1. La promulgation des lois

C’est au Président de la République qu’il appartient de promulguer les lois dans les 15 jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Le président prend un décret de promulgation. La loi porte la date du décret de promulgation mais ce n’est pas celle de son entrée en vigueur.

1. La publication

La publication est un acte essentiel car c'est de cette publication dont dépend la présomption selon laquelle nul n'est sensé ignorer la loi. Cet adage "nul n'est sensé ignorer la loi", ce signifie pas que tout le monde connaît la loi. Il signifie que personne ne peut invoquer son ignorance pour en écarter l'application.

Cette présomption est irréfragable (déduire d'un fait connu, un fait inconnu, présomption simple dont on peut prouver le contraire), c'est à dire qu'il est impossible d'apporter la preuve contraire.

Ce principe est justifié, d'une part par le souci d'éviter des discussions permanentes sur la question de la connaissance ou non de la loi, d'autre part par le souci d'assurer une véritable égalité des citoyens devant la loi.

Une seule exception existe: elle est prévue à l'article 4 d'un décret du 5 novembre 1870 : lorsqu’une contravention a été commise dans un délai de 5 jours francs à compter de la publication de la loi créant l’incrimination (comportement qui constitue une infraction) les tribunaux peuvent écarter la peine encourue si le contrevenant démontre son ignorance. En droit civil, on trouve d’autres hypothèses (ex : en droit des contrats, l’erreur de droit peut, sous certaine condition, être une cause d’annulation du contrat).

La publication se fait obligatoirement au journal officiel pour les lois et les décrets.

Pour les arrêtés, ils peuvent être publiés par un autre biais.

C'est une fois cette formalité accomplie que la loi ou le règlement entre en vigueur.

1. La date d’entrée en vigueur

Les règlements ou les lois lorsqu'ils sont publiés au J.O de la République française, entrent en vigueur à la date qu'ils fixent, ou à défaut, le lendemain de leur publication (article 1 du code civil).

Dans certains cas d'urgence, la date d'entrée en vigueur peut être avancée au jour même de la publication.

Le plus souvent, la date d'entrée en vigueur est reculée, car le législateur ou le pouvoir exécutif considère qu'un temps d'adaptation est nécessaire pour permettre, par exemple, aux praticiens de se familiariser avec les nouvelles règles.

Parfois, la date d'entrée en vigueur est retardée, sans que soit expressément fixée cette date : c'est le cas lorsque l'entrée en vigueur de la loi est subordonnée à un décret d'application. Dans ce cas là, la loi entre en vigueur au jour de la publication du décret d'application.

1. Abrogation des lois et des règlements

Les lois et les règlements peuvent exceptionnellement fixer les termes de leur abrogation. Il s'agit alors de textes temporaires, qui cesseront d'être en vigueur au jour du terme fixé.

Hormis cette hypothèse, les lois et les règlements ne cessent de s'appliquer qu'au jour de leur abrogation, c'est à dire lorsque leurs dispositions ont été supprimées.

Le pouvoir d'abroger un texte n'appartient qu'à l'autorité compétente pour régler la matière concernée. Seule une loi peut abroger une loi, et seul un règlement peut abroger un règlement.

Ensuite il faut également respecter dans chaque catégorie la hiérarchie interne; une loi ordinaire ne peut pas abroger une loi constitutionnelle. Un arrêté ne peut pas abroger un décret, mais l'inverse est possible.

L'abrogation peut être expresse, c'est à dire que la nouvelle norme prévoit expressément que les articles définis de la règle ancienne soient abrogés.

L'abrogation peut également être implicite lorsque le nouveau texte et l'ancien texte sont incompatibles.

Paragraphe 2 : Conflits de lois ou de règlements dans le temps

Le problème naît lorsqu'une question juridique est soumise à un texte nouveau qui abroge le précédent.

**Exemple :** la loi du 18 février 1938. Avant cette loi, les femmes étaient soumises à l'autorité de leur mari. Et puis, cette loi supprime la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée. La question qui s'est alors posée est la suivante; quelles sont les femmes qui vont alors bénéficier de cette nouvelle loi? Uniquement celles dont le mariage est postérieur à la loi, ou encore fallait-il l'appliquer aux femmes qui s'étaient marié avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 février 1938.

Pour ces femmes, mariées avant l'entrée en vigueur de la loi, un conflit se posait entre la loi ancienne et la loi nouvelle. C'est ce que l'on appelle un conflit de lois dans le temps.

Il y a conflit de lois dans le temps lorsqu'on s'interroge sur le champ d'application respectif de 2 lois/règlements successifs.

Lorsque le législateur prend une loi nouvelle, il insère parfois dans celle-ci des dispositions transitoires, qui précisent comment doit s'opérer le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle, et qui détermine donc le champ d'application respectif des deux lois.

Mais il n'y a pas toujours dans la loi ou les règlements des dispositions transitoires, et il faut alors avoir recours à ce qu'on appelle les principes généraux régissant les conflits de lois dans le temps.

Ces principes ont été dégagés par la doctrine, sur la base des deux seuls textes qui, dans le droit objectif, envisagent la question des conflits.

 - L'article 2 du Code civil, qui dispose que la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n’à point d'effet rétroactifs.

 - L'article 112-1 du Code pénal, dit que nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcés par la loi avant qu'ils fussent commis.

Ces textes se sont vite révélés insuffisants pour apporter une solution au problème d'application de la loi dans le temps, mais en s'en inspirant, la doctrine à proposer différentes théories.

Ainsi, une première théorie classique proposait de distinguer entre les droits acquis et les simples expectatives. Le principe étant qu'une loi nouvelle ne pouvait pas remettre en cause un droit d’hors et déjà acquis.

**Exemple :** Imaginons qu'une loi vienne interdire l'adoption d'enfants étrangers. Cette loi nouvelle ne pourra pas remettre en cause les adoptions déjà réalisées. Au contraire, ceux qui au jour de la loi nouvelle avaient simplement entamé les démarches dans l'espoir d'adopter un enfant, se verront désormais interdire ce type d'adoption.

La loi nouvelle leur est immédiatement applicables, car au moment de son entrée en vigueur, ils n'avaient pas encore acquis leur droit, et ne pouvaient faire valoir qu'une simple expectative.

Cette théorie des droits acquis a été critiquée en raison de l'imprécision de son critère, et pour son impuissance à régler, tous les problèmes posés par les conflits de lois dans le temps.

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée, même si de temps en temps, les juges, les tribunaux, y font encore référence.

Les auteurs modernes, en particulier P.ROUBIER, ont proposé un système plus simple appliqué aujourd'hui par les tribunaux.

Ce système repose sur l'affirmation de deux principes. Le premier principe est celui de la « non rétroactivité des lois ». Le second est celui de « l'effet immédiat de la loi nouvelle ».

Ces deux principes, qui sont les principes de règlement des conflits de lois dans le temps, ont le même but; définir le domaine respectif de la loi ancienne et de la loi nouvelle.

 - Le principe de non rétroactivité des lois a vocation à gérer la période antérieure à la loi nouvelle.

Pour répondre à la question "la loi nouvelle peut elle s'appliquer à des situations antérieures à son entrée en vigueur?".

 - Le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle a vocation, lui, de gérer la période postérieure à la loi nouvelle.

Pour répondre à la question "la loi nouvelle s'applique-t-elle toujours aux situations postérieures à son entrée en vigueur, ou doit-elle parfois s'effacer au bénéfice de la loi ancienne, admettant ainsi une survie de la loi ancienne?"

Sur la base de ces deux principes, les auteurs modernes ont construit tout un système de règlement des conflits.

1. Les principes régissant le traitement des conflits de lois dans le temps
2. Le principe de non rétroactivité des lois

Ce principe a pour but de régler les conflits possibles entre la loi ancienne et la loi nouvelle, pour la période antérieure à la loi nouvelle.

* + - * 1. Signification du principe

Dire qu'une loi ne doit pas avoir d'effets rétroactifs signifie qu'il ne faut pas appliquer cette loi à des actes ou des faits qui se sont passés antérieurement à son entrée en vigueur dans le but de modifier les effets juridiques produits par la loi ancienne.

**Exemple :** en 1916, Madame X meurt en ne laissant comme héritier qu'un parent du 8ème degré : cet héritier à hériter de tous les biens de Madame X. Le 31 Décembre 1917, une loi modifie le Code civil, prévoyant que désormais « les collatéraux au delà du 6ème degré ne sont plus admis à succéder ».

Dire que cette loi n'a pas d'effets rétroactifs, signifie que si un an un héritier du 8ème de gré ne peut plus hériter du fait de la loi nouvelle. Cette loi nouvelle ne s’applique pas aux successions passées et ne peut donc remettre en cause la succession de Madame X dès lors que son décès à eut lieu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Il semble en effet injuste d’exiger que les sujets de droit se soumettent à une loi qu'ils ne pouvaient pas connaître au moment où la situation s’est réalisée.

Le deuxième argument contre la rétroactivité, c'est l'atteinte à la sécurité juridique, c’est-à-dire la stabilité minimale qu’on doit attendre des situations juridiques pour un bon fonctionnement de la société, que constituerait la possibilité de faire rétroagir une loi.

Comment admettre qu'une situation, crée dans le respect de la loi, puisse être remise en cause uniquement parce que la loi change ? C'est pourquoi le principe de la non-rétroactivité des lois a été affirmé, mais il faut quand même noter, d'une part qu'il n'a pas toujours la même valeur juridique, et surtout, constater qu'en tant que principe, il n'a pas valeur absolue, puisqu'il connaît des exceptions.

* + - * 1. La valeur juridique du principe

C’est un principe qui a été posé par les institutions, parfois même par le législateur. Plus on donne une valeur juridique haute à ce principe, plus il va être important et absolu. La valeur juridique de ce principe varie selon la place dans la hiérarchie des normes du texte qui pose ce principe. Or, il se trouve que ce principe est exprimé dans plusieurs textes. Il suffira de s’intéresser à la valeur juridique du texte.

Les règlements peuvent-ils ou non avoir un effet rétroactif ? La doctrine considère que l’article 2 du Code civil ne s'adresse pas au pouvoir règlementaire. Ils sont pourtant soumis à un principe de non rétroactivité mais, ce principe vient de ce que l'on appelle, en droit administratif, des principes généraux du droit (PGD), c'est-à-dire un principe dégagé par la jurisprudence administrative qui s'impose au pouvoir règlementaire et à l'administration, même en l'absence de textes, et qui a une valeur égale à la loi. Les règlements ne pouvant pas contredire une norme d'autorité supérieure, ils ne peuvent pas aller à l'encontre du principe de non rétroactivité car celui-ci à valeur d'une loi.

Pour les lois au sens stricte du terme (= règle de droit émanant du pouvoir législatif), il faut distinguer entre les lois pénales et civiles.

En matière pénale, il faut encore distinguer selon que la loi nouvelle est une loi plus sévère ou plus douce que l’ancienne (ex : abolition de la peine de mort).

Pour les lois pénales plus sévères, c’est la DDHC qui pose le principe de leur non rétroactivité. Puisque la DDHC fait partie du Bloc de Constitutionnalité, le principe de la non-rétroactivité à donc valeur constitutionnelle et absolue.

Pour les lois pénales plus douces, la Constitution prévoit, au contraire, qu’elles sont toujours rétroactive (ex : la peine de mort a été remplacée par la réclusion criminelle. La loi nouvelle étant une loi plus douce, elle a rétroagit et à été appliquée à tous les délinquants non condamnés d’une manière définitive. Seuls les délinquants qui avaient été condamnés de manière définitive mais non encore exécutés n’ont pas pu bénéficier de cette loi, mais ils ont échappé à la peine de mort par une grâce présidentielle).

La rétroactivité de la loi pénale plus douce à également valeur constitutionnelle.

Pour le droit civil, c'est l'article 2 du Code civil qui pose le principe. Puisque le principe a valeur législative, une autre loi de valeur égale peut contredire ce principe.

Le législateur en matière civil est donc libre, par une loi, de déroger à ce principe. Celui-ci perd donc beaucoup de force car il pourra connaître de nombreuses exceptions. Pour être rétroactive, il faut toutefois que le législateur prévoit expressément que le texte, que les règles qu’il pose, auront un effet rétroactif : la rétroactivité ne se présume pas.

**Exemple :** L'article 12 de la loi du 3 janvier 1972 (loi fondamentale, proclame l’égalité des filiations) a admit la validité de la reconnaissance d'enfant adultérin. Le législateur a expressément prévu que cet article 12 aurait un effet rétroactif ce qui a permit de valider à postériori des reconnaissances qui avaient été faites et qui n’auraient jamais été considérées comme valables si la loi n’avait pas été rétroactive.

Les lois dites interprétatives ont pour but de préciser le sens d'une loi antérieure. Elles sont par nature rétroactives. Elles rétroagissent au jour où la loi qu'elles viennent interpréter est entrée en vigueur.

Parfois le législateur donne lui même à la loi le titre de loi interprétative et il n'y a pas lieu de discuter son caractère rétroactif. Mais parfois, en l'absence d’une précision du législateur, c'est le juge qui doit décider si elle est, ou non, interprétative donc rétroactive ou pas. Il y a eu, dans ce domaine, des excès qui ont été dénoncés. En plus on reproche au juge d'avoir qualifié d'interprétative une loi pour qu'elle soit rétroactive.

En principe, il n’y a pas d’interdiction pour le législateur de prendre une loi interprétative et justement, on se demande aujourd’hui, s’il ne faudrait pas limiter cette liberté au regard du risque qui existe pour la sécurité juridique.

Donc, la valeur juridique du principe de non rétroactivité des lois est très variable.

1. Le principe de l’effet immédiat de la loi nouvelle
2. Signification du principe

Le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle signifie que lorsqu'une loi entre en vigueur, elle s'applique à tous les actes et tous les faits qui lui sont postérieurs. La loi nouvelle remplace la loi ancienne.

On estime en effet que si le législateur ou le pouvoir règlementaire à mis en place de nouvelles dispositions, c'est certainement qu'il estime que la loi antérieure présente des défauts.

Il est donc logique que la loi nouvelle présumée meilleure soit d'application immédiate et soit préférée, pour l’avenir, à la loi ancienne. Ce principe est également justifié par la préservation de la sécurité juridique. Il apparaît en effet comme le moyen d’éviter la confusion et le désordre en uniformisant les situations juridiques. On évite la coexistence de régimes juridiques différents qui s’appliqueraient ou non selon la date de création de la situation juridique.

1. La valeur du principe

Quel texte donne sa valeur juridique au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle?

On aurait put penser à l'article 2 du Code Civil, mais dire que la loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir ne signifie pas forcément qu'elle est la seule à pouvoir disposer pour l'avenir et cela n’interdit donc pas la survie de la loi ancienne.

On aurait aussi put penser à fonder ce principe sur l'article 1 du Code Civil, qui dispose que la loi nouvelle entre en vigueur dès le lendemain de sa publication, mais il ne précise pas s’il interdit toute survie de la loi ancienne.

Si aucun texte ne formule ce principe, et qu'il est donc difficile de se prononcer sur sa valeur juridique, il reste néanmoins qu'il est largement appliqué car il est conforme également à la logique selon laquelle le texte nouveau est forcément meilleur que le texte ancien.

Mais en tant que principe lui même, il n'a pas non plus une valeur absolue, car il connaît au moins une exception notable qui tente aujourd’hui à s’amoindrir, qui concerne les effets d'un contrat.

En effet, un contrat repose sur la volonté d’un individu (art 1134) : principe de la force obligatoire du contrat. Lorsqu’un contrat s’étend dans la durée, la force obligatoire du contrat oblige les parties au contrat, le juge et même le législateur à ne pas modifier ce que les parties ont convenu entre elles. Le contrat est la loi des parties et il doit être respecté par tous. Si une loi nouvelle intervient alors qu’un contrat est en cours d’exécution, cette loi ne s’appliquera pas au contrat en cours : c’est une hypothèse de survie de la loi ancienne, le contrat reste soumis jusqu’à son terme à la loi qui était en vigueur au moment de sa conclusion. Cette seule exception est cependant amoindrie par le fait qu’un législateur peut décider d’écarter cette exception et déclarer qu’une loi nouvelle sera applicable au contrat en cours lorsqu’il estime que l’intérêt général est en cause (ex : une loi qui modifie le montant du SMIG est toujours déclarée applicable au contrat en cours). Parfois le législateur n’a pas précisé qu’une loi nouvelle sera exceptionnellement applicable au contrat en cours et c’est le juge qui, considérant que cette loi exprime à l’intérêt social impérieux, pourra décider de l’appliquer immédiatement au contrat en cours. Si bien qu’il est de plus en plus rare de porter atteinte au principe de l’effet immédiat.

Ce principe n’a pas de valeur absolue mais à une force très puissante. Et c’est pour cela que l’on n’a pas eu besoin de poser la question de sa valeur juridique.

1. La mise en œuvre de ces principes

Les principes de non-rétroactivité et d'application immédiate de la loi nouvelle ne sont pas difficiles à mettre en œuvre lorsqu'il s'agit de les appliquer à des situations juridiques instantanées. Dans ces cas-là, il suffit d’appliquer la loi en vigueur à l’instant précis où elle se produit. Si cette situation juridique instantanée s'est réalisée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, elle reste soumise à la loi ancienne car la loi nouvelle ne rétroagit pas (sauf exception).

A l’inverse, si la situation s'est réalisée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, c'est cette loi nouvelle qui s'applique, écartant la loi ancienne.

La difficulté de mise en œuvre de ces principes apparaît lorsqu'une situation juridique a débuté sous l'empire de la loi ancienne, et perdure sous la loi nouvelle (ex : contrat de bail : il prend naissance à un instant T où les deux parties ont signé mais il va produire des effets qui s’échelonnent dans le temps. Ainsi, si, pendant la durée du bail, une loi vient modifier les effets du bail (ex : nouvelle obligation pour le propriétaire), quelle loi va alors être appliquée ? Est-ce que les parties vont rester soumises à la loi ancienne jusqu’à la fin du bail ? )

ROUBIER a réglé ces difficultés de mise en œuvre en proposant de distinguer deux situations : pour lui, il faut distinguer selon que la loi concerne la constitution ou l'extinction d'une situation juridique, ou selon qu'elle concerne les effets d'une situation juridique.

1. Pour les lois concernant la constitution ou extinction d’une situation juridique

Il s'agit des lois dont l'objet est de déterminer à quelles conditions une situation juridique peut naître ou s'éteindre.

**Exemple :** une loi qui fixe les conditions de validité d'un testament, c'est une loi qui pose les conditions auxquelles une situation juridique peut naître. De même, la loi qui fixe les conditions de validité du mariage, ou les conditions de validité d'un contrat, sont également des lois qui concerne la création d'une situation juridique, car si l'on ne respecte pas ces lois, ni le contrat ni le mariage n'existeront valablement.

Il faut encore distinguer deux situations :

* La création ou l'extinction de la situation juridique s'est entièrement réalisée avant l’entrée en vigueur de la loi nouvelle : il convient alors, en vertu du principe de la non rétroactivité, de continuer d'apprécier cette situation au regard de la loi ancienne.

En général, déterminer la loi applicable n'est pas difficile, car la création ou l'extinction d'une situation juridique se fait dans un bref délai.

* Si la création ou l'extinction d'une situation juridique implique une certaine durée et qu’elle est en cours au moment où la loi nouvelle intervient. Exemple : délai de prescription. Dans ces cas-là, la jurisprudence considère que la loi nouvelle s'applique immédiatement, mais la période ou les éléments antérieurs à son entrée en vigueur, gardent la valeur que leur reconnaissait la loi ancienne. Le nouveau délai commence, sans que la durée totale ne puisse excéder le délai prévu antérieurement.

**Exemple :**

 - loi nouvelle donne plus de temps:

 La loi ancienne disait qu'il fallait 5 ans pour agir et la loi nouvelle dit qu'on a 10 ans. Le délai a commencé à courir en 2000 (un accident). En 2000 on avait 5 ans pour agir, en 2004 on n'a toujours rien fait, mais il apparaît une loi nouvelle dit que maintenant on a 10 ans pour agir. On doit agir donc avant 2014; on bénéficie de la loi nouvelle mais en ne tenant pas compte de la date de l'accident.

 - loi nouvelle donne moins de temps:

Le délai nouveau doit rentrer au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sans que sa durée totale puisse excéder le délai prévu antérieurement.

Accident en 2000, on avait 10 ans pour agir mais nouvelle loi en 2007 qui dit qu'on a que 5 ans. On fait appliquer la loi quand elle entre en vigueur, donc à partir de 2007 on a 5 ans, mais seulement si on n’a pas dépassé les 10 ans qui nous étaient autorisés.

Au contraire, en 2001, le délai de prescription était de 10 ans et en 2010, une loi nouvelle entre en vigueur qui dit que le délai de prescription est de 5 ans, alors la loi s’applique immédiatement mais le délai ne doit pas dépasser les 10 ans. Si en 2009 (situation naît en 2001), on n’a toujours pas agit en justice, on n’a plus qu’un an pour agir pour ne pas dépasser les 10 ans accordés par la loi ancienne.

1. Pour les lois concernant les effets d’une situation juridique

Ceux sont des lois qui viennent définir ou redéfinir les effets d'une situation juridique déjà créée.

**Exemple :** pour le mariage; il y a des règles de droit qui fixent les conditions de l'existence juridique de la situation "mariage", et il y a des règles de droit qui fixent les effets crées par le mariage, lorsqu'il est légalement fermé.

Là encore, il faut distinguer les effets passés et les effets futurs :

* Les effets passés restent soumis à la loi ancienne (si on leur appliquait la loi nouvelle, ce serait donner à la loi nouvelle un effet rétroactif).

**Exemple :** avant 1938, un des effets du mariage était de rendre la femme juridiquement incapable. Une loi du 18 février 1938 a modifié cette règle en disposant que désormais le mariage n'a plus pour effet l'incapacité juridique de la femme mariée. Si Georgette se marie en 1920, et qu’en 1935 elle vend la maison reçue en héritage. Son mari le découvre en 1938, mais le contrat reste nul car le fait qu'en 1938 la loi ait changé ne permettra pas de valider à posteriori le contrat de Georgette, car les effets passés (antérieur à la loi nouvelle), restent soumis à la loi ancienne.

* Et en revanche les effets futurs sont soumis à la loi nouvelle.

**Exemple :** en revanche, si Georgette décide en 1939 de conclure seule un contrat, ce contrat sera valable car les effets du mariage, tels que définis par la loi nouvelle, n'impliquent plus l'incapacité juridique de Georgette, et c'est la loi nouvelle qui s'applique.

Attention : ce principe effets passés/loi ancienne - effets futurs/loi nouvelle, est, en principe, écarté pour les contrats, qui eux restent soumis à la loi ancienne.

SS Section 2 : Application des lois et des règlements dans l’espace

Il faut envisager deux questions :

* D'abord le champ d'application territorial des lois et des règlements.
* Est-ce qu'il peut y avoir des conflits de lois dans l'espace ?
1. Le champ d'application territorial des lois et des règlements français

 Les lois et les règlements ont normalement vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire sur lequel s'exerce la souveraineté française.

Toutefois, certaines parties du territoire français sont soumises à des textes spéciaux. Il peut donc exister des règles de droit écrites qui sont applicables seulement dans ces territoires.

Ainsi, dans les départements d'Alsace et Lorraine (Haut-Rhin, Bas-Rhin et la Moselle), depuis leur retour à la France en 1918, il existe un droit local des règles de droit issues de lois françaises antérieures à 1871, et de lois allemandes antérieures à 1918. Ils sont soumis à un droit local qui ne s'applique que dans cet endroit de la France.

De même, les départements et territoires d'Outre-mer bénéficient d'un certain particularisme, et certains textes de lois ne s'appliquent que dans ces parties du territoire français.

1. Les conflits de lois dans l'espace

Il y a conflit de loi dans l’espace lorsqu’une situation juridique est susceptible d’être régie par des lois de plusieurs Etats différents (ex : un français épouse une chinoise en Italie, si on veut juger de la validité de leur mariage, quelles règles va-t-on regarder pour cela ? Il y a conflit de lois dans l’espace. C’est le droit international privé qui a pour objet de poser ce que l’on appelle : « les règles de conflits ».

Chapitre 2 : Les sources non-écrites du droit objectif

La question des sources non écrites du droit positif a été longtemps et reste encore une question délicate.

En effet, si tous les auteurs s'accordent pour considérer que la coutume est une source incontestée du droit objectif, ils restent aujourd'hui partagés pour reconnaître cette qualité à la jurisprudence.

En revanche, la doctrine n’est pas une source du droit objectif. La doctrine désigne l’ensemble des opinions juridiques, des travaux consacrés à l’étude du droit mais le même mot désigne également les auteurs de ces travaux qui sont les universitaires et les praticiens. La doctrine a pour objet de faire connaître le droit, de mettre en évidence les défaillances du système juridique, de proposer des solutions et des théories, d’interpréter la jurisprudence et la loi etc. La doctrine exerce parfois une grande incidence sur le législateur ou sur le juge, il y a des lois qui ne sont que l’adaptation de la doctrine. Ce n’est pas une source du droit parce que les opinions qu’elle propose ne sont pas des règles de droit : on dit que la doctrine est une autorité c’est-à-dire, un élément d’appréciation pour interpréter la règle de droit ou pour construire, dans le silence de ces règles, une solution à un problème.

Section 1 : La coutume

La coutume est une source incontestée du droit objectif dans le sens où tout le monde s’accorde sur le fait que la coutume fait naître des règles de droit. Certaines règles de droit ne sont le fruit d'aucun texte, mais se sont établies peu à peu avec le temps, et ont puisé leur autorité dans la tradition : il s’agit des règles coutumières. On appelle coutume, selon Pothier, « des lois (sens large) que l’usage a établi et qui se sont conservées sans écrits par une longue tradition. ». A la différence des règles écrites, la coutume n’émane pas des institutions de l’Etat mais s’est élaborée de manière lente, spontanée et populaire. Si la coutume ne trouve pas sa source dans un écrit, rien n’interdit, une fois que la coutume est fixée, de la porter à l’écrit. Ainsi, l’ordonnance de Montil-les-tours de 1453, a prescrit la rédaction des nombreuses coutumes de France pour mieux les connaître. Il est vrai que sous l’ancien régime, les coutumes étaient très nombreuses : avant la Révolution la France était divisée en deux :

* les pays dits de coutume au nord dans lesquels un droit coutumier s’ajoutait au droit monarchique
* les pays dits de droit écrit dans lesquels on appliquait, en plus du droit monarchique, des règles écrites d’origine romaine.

Il convient de préciser la coutume avant de préciser le rôle qui lui revient en temps que source du droit positif.

Avant le code civil, la coutume était une source très importante du droit objectif. Le code napoléonien va bouleverser cet ordre des choses en donnant la suprématie à la loi (sens strict = œuvre du Parlement). Cette suprématie était justifiée par plusieurs arguments :

* La loi est plus précise et certaine alors que la coutume peut être une source d’insécurité en raison de sa plus grande incertitude.

* La loi est générale : elle s’applique à tous les citoyens d’un territoire alors que la coutume varie d’une région à l’autre parfois même d’un milieu professionnel à l’autre
* Le problème de la coutume est son mode de formation (dans la durée). La loi à l’avantage de réagir plus vite aux besoins de la société. La loi du 30 Ventôse an XII (21 Mars 1804) ne s’est pas contentée de codifier le droit nouveau en réunissant, sous l’appellation de « Code Civil des Français », toutes les réformes opérées. L’article 7 de cette loi dispose également « qu’à compter du jour où ces lois sont obligatoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code. » Cette loi ne signe cependant pas la disparition de la coutume. Une lecture a contrario de l’article 7 permet de déduire qu’en l’absence de dispositions légales (règles issues du Code Civil) la coutume peut survivre. Aujourd’hui, la coutume existe toujours et dans certains domaines du droit objectif, elle joue un rôle important : en droit civil, en droit social et en droit administratif, son rôle est secondaire. En revanche, en droit commercial, la coutume joue un rôle important (car on assimile la coutume à l’usage). En droit international public, la coutume joue un rôle essentiel en tant que source de droit et d’obligation pour les Etats.

Paragraphe 1 : La notion de coutume

La notion de coutume a aujourd’hui plusieurs significations : ce terme est parfois utilisé dans un sens très large pour désigner toutes les sources non écrites du droit objectif. Dans un sens plus restreint, on assimile parfois coutume et usage alors que dans son sens classique (ou strict), la coutume doit être distinguée des simples usages ou des pratiques.

Pour qu'il y ait coutume au sens strict, il faut que deux éléments soient réunis. Un élément matériel, et un élément psychologique.

1. L’élément matériel de la coutume

L'élément matériel consiste en un comportement suivi de manière habituel, c'est à dire un usage.

Attention, il ne faut pas confondre les deux notions d'usage et de coutume. Car si c'est à partir d'un usage que se forme la coutume, tous les usages ne deviennent pas coutume, et surtout, la coutume est en elle même une règle de droit, alors que le simple usage n'a que la valeur juridique que la loi lui apporte.

Pour qu'un usage devienne coutume il faut:

* qu'il soit ancien, qu'il ait une certaine durée (adage : « une fois n’est pas coutume »)
* qu'il soit constant, c'est à dire qu'il soit régulièrement et généralement suivit durant la période considérée.
* qu'il soit notoire, c'est à dire très largement connu de ceux qu'il intéresse.
* qu'il soit général, c'est à dire appliqué largement de manière générale sur un territoire, dans une profession, etc.

Pour devenir coutume, il faut que l'usage présente l'élément psychologique de la coutume en plus de l’élément matériel.

1. L’élément psychologique de la coutume

L'élément psychologique de la coutume est la conviction d'agir en vertu d'une règle obligatoire.

Les personnes qui suivent cet usage doivent avoir le sentiment qu'il s'impose à elle avec la force d'une règle de droit.

Paragraphe 2 : Le rôle de la coutume

La coutume produite des règles de droit donc c’est une source du droit. Aujourd'hui, le rôle de la coutume est devenu très secondaire et accessoire par rapport à la loi (sens large)

Les règles de droit issues de la coutume peuvent jouer 3 rôles différents:

* Il arrive parfois que ça soit la loi qui renvoi expressément à la coutume.

On parle alors de coutume "secundum legem", c'est à dire la coutume qui vient seconder la loi.

Dans ce cas, c'est le législateur pour la loi, ou le pouvoir exécutif pour les règlements, qui renvoient à la coutume et lui délèguent leurs pouvoirs (ex : article 1736 du Code Civil : cet article prévoit que lorsqu’un bail n’est pas limité dans le temps, le bailleur ou le locataire peut donner congés, à condition d'observer les délais fixés par l'usage des lieux)

**Autre exemple :** l'article 671 du Code Civil dit qu'il faut se fier aux usages pour déterminer à quelle distance de la ligne séparant deux propriétés peuvent être faites les plantations.

Dans le cas de cette hypothèse, la coutume vient seconder la loi.

La règle coutumière n'a pas véritablement de valeur autonome, elle a la valeur que lui confère le texte. Et elle n'a véritablement une valeur que parce qu'un texte y revoit.

* la coutume "praeter legem".

Il s'agit du cas où la coutume vient combler une lacune législative ou réglementaire.

Dans son discours préliminaire, Portalis s’est exprimé en faveur de la reconnaissance de la force obligatoire de la coutume indépendamment d’un renvoi à la loi.

Il existe des cas, assez rares, où la coutume à pour but de régler une situation le législateur ou le pouvoir réglementaire n'a pas prévue. Ces cas sont assez rares car il faut, que l’inaction du législateur ou du pouvoir règlementaire soit assez longue pour que la coutume s’installe et pallie ce manque. En général, le législateur finit toujours par intervenir ou c’est la jurisprudence qui intervient. Il existe pourtant des exemples en droit civil notamment.

**Exemple :** en matière notariale, la règle de droit selon laquelle la qualité d'héritier peut être prouvée par des actes de notoriété, est une règle coutumière qui a été ensuite reprise par une loi du 3 Décembre 2001 (articles 730 et suivants du Code Civil). De même, on donne souvent comme exemple, la règle selon laquelle la femme mariée peut porter le nom de son mari car aucun texte ne lui attribue expressément ce droit. Toutefois, certains contestent cette analyse et donne une base légale à cette pratique en se fondant sur une loi du 6 Février 1893 (article 264 du Code Civil) qui dit qu’à la suite d’un divorce, chaque époux perd l’usage du nom de son conjoint.

* la coutume "contra legem", la coutume contraire à la loi.

Il s'agit de l'hypothèse où une coutume prétend contredire la loi ou le règlement.

S'il s'agit d'un texte supplétif, cette éventualité reste acceptable.

En revanche, on considère qu'une coutume ne peut pas s'opposer à une loi, ou à un règlement impératif.

En effet, le principe est celui de la supériorité de la loi et du règlement sur la coutume. Ce qui explique que la jurisprudence refuse d'admettre qu'une coutume ou un usage puisse abroger une loi tombée en désuétude.

Pourtant, il existe tout de même des coutumes contraires à la loi, qui sont appliquées par la jurisprudence, et qui ont valeur de règle de droit.

Par exemple, l'article 931 du Code civil, donc la loi, fixe une règle de droit selon laquelle toute donation doit se faire par acte notarial.

Pourtant, la pratique des dons manuels est validée par la coutume.

L'article 1202 du Code civil dispose que, sauf exception légale, la solidarité ne se présume pas. Pourtant, alors qu'il n'existe aucun texte en matière commerciale qui justifierait une exception à cet article, la coutume a consacré le principe selon lequel, en matière commerciale, la solidarité peut être présumée.

Section 2 : La jurisprudence

Dans un sens large, la jurisprudence peut être définie comme "l'ensemble des décisions rendues par les juridictions, soit dans une matière, soit dans une branche du droit, soit dans l'ensemble du droit." (cf. Capitan).

Dans un sens strict (plus étroit), c'est une solution donnée par les juridictions à un problème posé, solution qui se répète et se maintient de telle sorte qu'il est fort probable que le même problème sera, dans l'avenir, réglé conformément au principe dégagé par les décisions antérieures.

Lorsqu'on se demande si la jurisprudence est une source de droit, c'est bien sure de la jurisprudence au sens stricte que l'on parle.

Avant de s'interroger sur sa place au sein des sources du droit objectif, il faut tout d'abord étudier les conditions et les circonstances de sa formation. Comment naît-elle? Comment se forme-t-elle?

(Il faut d'abord que le juge ait besoin d'une règle).

Sous Section 1 : La formation de la jurisprudence

La jurisprudence émane du juge, elle est liée à la fonction juridictionnelle.

Le rôle du juge (= organe à qui l’Etat confie la pouvoir juridictionnel c’est-à-dire à qui il donne compétence pour apporter une solution à un litige) consiste à apporter une solution à un litige (= désaccord entre deux parties qui n’ont pas la même analyse de la situation) en appliquant la règle de droit adéquate. Le juge assure donc le passage de la règle de droit, qui est abstraite, au cas concret, qui lui est soumis par les particuliers. Le juge tranche la question qui lui est posée disant le droit.

L'article 4 du Code Civil lui impose même de trancher les litiges, car en effet il dispose "le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivit comme coupable de déni de justice (= infraction pénale : délit) ».

Lorsque la règle de droit est claire et précise, la mission du juge se limite à l'appliquer fidèlement.

La règle de droit, par nature générale, ne peut pas envisager toutes les situations présentes et futures.

Pour exercer sa mission, le juge doit très souvent interpréter la loi, c'est à dire lui donner sa signification exacte et sa portée.

C'est par l'exercice de ce pouvoir d'interprétation de la règle de droit que la jurisprudence prend corps, et c'est grâce à l'organisation judiciaire, et en particulier au rôle de la Cour de Cassation que la jurisprudence, achève de se former.

Paragraphe 1 : Le rôle du pouvoir d'interprétation de la règle de droit par le juge dans la formation de la jurisprudence

Pour comprendre l’importance du pouvoir d’interprétation de la règle de droit par le juge dans la formation de la jurisprudence, il faut d’abord préciser la notion d’interprétation.

1. Généralités sur l’interprétation

Voir polycop

1. Les différents aspects de l’interprétation judiciaire

L’article 4 du Code civil oblige le juge à rendre une décision ce qui l’oblige à interpréter la loi obscure, à adapter la loi démodée ou encore à trouver une solution en l’absence de loi puisqu’il doit obligatoirement trancher le litige qui lui est soumis.

Dans l’exercice de sa mission de juge, en choisissant entre les différentes interprétations possibles d’un même texte, le juge bénéficie d’un certain rôle créateur.

Ce rôle se manifeste de différentes manières:

* 1er cas: le texte de loi est clair, sans équivoque, le rôle du juge est très limité: il est le serviteur de la loi, il s’efface devant la loi et se contente de dire la loi. Il lui est interdit de dénaturer la loi si elle est claire.
* 2e cas: la loi est imprécise, pour l’appliquer le juge doit l’interpréter, la préciser.

En effet pour appliquer à un litige une loi peu précise ou obscure, le juge doit obligatoirement commencer par préciser le contenu de la loi.

Exemple : l’article 1382 du Code civil « Tout fait de l’homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. ». Cet article est fondamental car il pose les conditions de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel. C'est-à-dire que pour engager la responsabilité d’une personne il faut une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux, mais l’article 1382 ne définit aucune des conditions qu’il pose. C’est donc face à l’imprécision de la loi, le juge, en s’inspirant de la doctrine qui précise la notion et donne les définitions.

3e cas: la loi est un peu datée dans le sens où elle est issue d’une période à laquelle il n’existait pas encore le problème posé au juge.

Dans ce cas là, pour appliquer cette loi, le juge va devoir encore l’interpréter et ici l’interprétation consistera à adapter la loi aux nouvelles données de l’époque.

Exemple : les règles concernant la responsabilité civile ont été édictées en 1804, à une époque où il n’existait ni avion, ni voiture, ni machine dans les usines. Or ceux sont ces règles à qui permettent à la victime d’un accident, d’obtenir réparations. Avec la révolution industrielle, on va assister à une multiplication des accidents causés par une machine. Or les textes qui sont sensés s’appliquer à des accidents ne sont pas adaptés car en 1804, la première cause de responsabilité est celle de sa faute. Il y a également des cas de responsabilité du fait d’autrui et de responsabilité du fait des choses mais qui repose également sur la faute. A la suite de l’affaire du remorqueur, pour pouvoir indemniser plus facilement les victimes, la Cour de Cassation a eu l’idée d’utiliser l’article 1384 alinéa 1, qui au départ ne servait qu’à introduire les cas de responsabilité, pour créer une responsabilité générale du fait des choses non fondée sur la faute (= responsabilité objective) et plus adaptée aux problèmes posés par l’époque (loi de 1898 : droit du travail, le législateur est intervenu). On peut se poser la question : pourquoi le législateur n’est pas intervenu dans cette affaire ?

* 4e cas: l’interprétation de la loi par le juge peut enfin l’obliger à combler les lacunes de la loi.

C’est ce qui va se produire lorsqu’on soumet au juge un problème pour lequel il n’existe aucune disposition législative.

Le juge, pour trancher le litige, est alors conduit à élaborer une règle (pouvoir prétorien du juge).

Exemple (le plus marquant) : c’est le cas de ce qu’on appelle le principe de l’enrichissement sans cause, qui est un quasi-contrat. Le principe de l’enrichissement sans cause a été consacré dans l’arrêt Bourdier du 15 Juin 1892 de la Cour de Cassation. L’enrichissement sans cause est un quasi-contrat qui correspond à l’hypothèse où un même fait provoque l’enrichissement d’une personne et l’appauvrissement corrélatif d’une autre alors que cette situation n’est justifiée ni par la loi ni par un contrat. L’intérêt de l’enrichissement sans cause est que s’il est retenu, il doit indemniser l’autre. La Cour de Cassation a crée l’enrichissement sans cause sur la base de dispositions éparses du Code Civil qui sanctionnaient des hypothèses particulières d’enrichissement sans cause.

Exemple : loterie publicitaire (= courrier dans la boîte aux lettres) qui existe depuis longtemps. Le juge a créé de toute pièce un quasi-contrat. La Cour de Cassation a créé un autre quasi-contrat pour interdire la loterie publicitaire.

On voit bien que le devoir et le pouvoir d’interprétation du juge le conduit parfois à poser des règles. Mais il n’y a pas encore jurisprudence. Pour que ces règles deviennent des règles jurisprudentielles au sens strict, il faut qu’elles se répètent et se généralisent. On dit en effet qu’une jurisprudence est fixée lorsque les juges, sur un problème donné, répètent la solution retenue de sorte que la règles qui a été dégagée, a vocation à se perpétuer. Comment une solution donnée par un juge va se répéter et se généraliser ? C’est la hiérarchie judiciaire et en particulier le rôle joué par la Cour de Cassation qui permet cette répétition.

Paragraphe 2 : Le rôle de l’organisation judiciaire dans la formation de la jurisprudence

Pourquoi une solution donnée par un juge se répète-t-elle parfois pour devenir jurisprudence?

* La première raison est un souci de cohérence.

En effet, lorsqu’un juge doit, à l'occasion d'un nouveau procès, interpréter un même texte, il a logiquement tendance à se référer au raisonnement qu'il a déjà tenu. Il reprend donc l'argumentation contenue dans les motifs de sa précédente décision. Mais cela ne suffit pas à expliquer l’apparition de la jurisprudence car si on peut espérer que chaque juge reste cohérent avec lui-même, rien ne nous garantie que tous les juges de France retiendront la même interprétation du même texte.

C'est surtout l'organisation judiciaire qui facilite la répétition à l’origine de la formation de la jurisprudence et plus précisément les relations de hiérarchie qui existent entre les juridictions du fond et la Cour de Cassation. En effet, la Cour de Cassation joue, en droit privé, un rôle essentiel. Elle s’assure que les juridictions du fond prennent des décisions qui respectent bien la loi. Ce n'est pas un troisième degré de juridiction car elle ne ré analyse pas l'affaire en droit et en fait. A l’occasion d’un pourvoi en cassation, elle vérifie que le juge qui a rendu la décision qui lui est soumise, a bien appliqué les règles de droit en vigueur aux faits appréciés souverainement par les juges du fond.

En jouant ce rôle, la Cour de Cassation va favoriser l'apparition d'une jurisprudence uniforme. En effet, en examinant les décisions attaquées pour vérifier la correcte application de la loi, elle va devoir obligatoirement prendre parti sur le sens qu'il convient de donner à la règle de droit et sur l’interprétation qu’il convient de lui donner. Elle assure ainsi une interprétation uniforme, harmonisé de la règle de droit.

Certes les juridictions du fond demeurent libres de juger en fonction de leur propre interprétation de la loi, mais si cette interprétation est différente de celle retenue par la Cour de Cassation, elles verront, en cas de pourvoi, leurs décisions seront systématiquement cassées c'est-à-dire annulées.

L’Assemblée plénière peut être saisit dès le premier pourvoi lorsque l’affaire soulève une question de principe notamment lorsqu’il y a des divergences entre les juges du fond soit entre les juges du fond et la Cour de Cassation.

L'organisation judiciaire est telle que la Cour de Cassation finira toujours par imposer son point de vue. Tout le mécanisme du pourvoi en cassation est conçut pour qu'au final, la solution, l'interprétation de la Cour de Cassation s'impose.

Le rôle d'unification que joue la Cour de Cassation se trouve renforcé par la possibilité de saisir cette Cour de Cassation dans des hypothèses très particulières. La saisine classique a pour objet la bonne application de la loi.

Mais en effet, il est aussi possible de la saisir dans le cas de deux procédures particulières:

* Une loi du 15 Mai 1991 a en effet introduit la saisine pour "avis" de la Cour de Cassation. Cette procédure permet aux juridictions de l'ordre judiciaire (du fond) de saisir la Cour de Cassation lorsqu'une question de droit nouvelle se pose, pour solliciter son avis sur l'interprétation qu'il convient de retenir avant de statuer.

L'avis émit par la Cour de Cassation ne lie pas les juges qui le demandent.

* Une autre procédure encore, instaurée par une loi du 3 juillet 1967 renforce encore ce rôle de la Cour de Cassation : c'est l'hypothèse du particulier pourvoi dans l'intérêt de la loi.

Cette procédure permet au procureur auprès de la Cour de Cassation de saisir lui-même la Cour de Cassation lorsqu'il apprend l'existence d'une décision jugée contraire à la loi, et contre laquelle un pourvoi en cassation n'a été formé par l’une des parties au procès.

Si la Cour de Cassation considère que la loi n'a pas été respectée, ou a été mal interprétée, elle cassera la décision des juges du fond, mais il ne s'agit que d'une cassation de principe qui n'aura aucun effet sur les partis, et qui n'est là que pour rappeler au juge ce qu'est la bonne interprétation de la loi.

Les décisions rendues par les cours d'appel sont importantes, car ce sont les premières à se pencher sur des nouveaux textes. Elles peuvent parfois proposer des interprétations différentes, et c'est la Cour de Cassation qui tranchera en imposant son interprétation.

 C'est pour cette raison que l'étude de la jurisprudence, c'est essentiellement en droit privé, l'étude de la jurisprudence de la Cour de Cassation. C'est la solution qui sera généralisée. Ceux sont les arrêts de la Cour de Cassation qui sont créateur de jurisprudence au sens strict ; mais pas tous. Il faut distinguer deux catégories :

Seuls les arrêts de principe sont créateurs de jurisprudence. Ce sont ceux par lesquels la Cour de Cassation tranche en son principe une question de droit, en général controversée. Ils se caractérisent en général par leur motivation générale de nature à leur procurer une autorité morale en dehors de l'espèce jugée (c'est à dire qu'ils parlent en termes génériques, qui dépassent le cas spécial soumis à la Cour dans ce cas précis).

C.ATIAS, professeur de droit qui a consacré une étude à ce type d'arrêts, les définit comme des décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est à dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenues ou soutenables.

Il s'agit donc (les arrêts de principe) des décisions de principe d'application générale, destinées à régir d'autre cas analogues.

Ce sont surtout ces arrêts de principe qui méritent l'appellation de jurisprudence, et à propos desquels on peut se demander si justement le principe général qu'il dégage a valeur d'une règle de droit.

La question ne se pose pas en effet pour la deuxième catégorie d'arrêts, appelés les "arrêts d'espèce", qui sont ceux qui, quelque soit la motivation juridique sur laquelle ils s'appuient, on été rendus en considération des circonstances particulières de l'affaire en cause, et qui n'ont donc pas de portée générale.

La question qui se pose à propos de la jurisprudence est de savoir quelle est la valeur des principes de solutions, des règles, dégagées par la jurisprudence.

Est ce que ces règles, appliquées de manière répétée par les juridictions, sont de véritables règles de droit?

En d'autre terme, la jurisprudence a-t-elle un pouvoir normatif?

Ou encore, est-elle une source du droit objectif? (trois façons de poser la même question).

Sous-section 2 : La jurisprudence, source contestée du droit objectif

Dans les pays de Common-Law, la jurisprudence, joue un rôle de premier plan.

En Angleterre par exemple, on applique "la règle du précédent"; chaque juge est lié par le précédent des juridictions supérieures.

En France, en principe, la jurisprudence ne devrait pas pouvoir jouer un tel rôle, ne serait-ce qu'en raison du principe de la séparation des pouvoirs.

Et pourtant, aujourd'hui, la majorité des juristes considèrent qu'il faut compter la jurisprudence au nombre des sources du droit objectif.

Cela reste une question controversée en France.

Paragraphe 1 : Les arguments pour exclure la jurisprudence des sources du droit objectif

Si l'on entend par "source du droit objectif" source d'une règle de droit obligatoire, il existe en effet des arguments classiques pour exclure la jurisprudence des sources du droit :

 - D'abord, c'est principe de la séparation des pouvoirs, qui interdit aux juges de s'immiscer dans la fonction législative en posant des règles générales et obligatoires.

L'article 5 du Code civil énonce en effet qu'il est défendu au juge de se prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises. C'est ce qu'on appelle l'interdiction des arrêts de règlement.

Le juge ne peut pas créer une règle générale et abstraite applicable à tous les cas analogues, mais seulement apporter une solution applicable au cas d'espèce qui lui est soumis.

 - le second argument pour dire que la jurisprudence ne devrait pas être source de droit, c'est "l'autorité de chose jugée", et plus précisément, le principe de l'autorité "relative" de chose jugée, énoncé à l'article 1351 du Code civil.

Ce principe signifie qu'une fois les recours épuisés, une décision judiciaire ne peut pas être mise en cause par les partis.

Il y a entre les parties "autorité de la chose jugée", qui leur interdit de se faire entre elles un nouveau procès, portant sur le même objet et sur le même fondement. Elles doivent définitivement s'en tenir à ce qui a été jugé.

Si le principe de l’autorité de la chose jugée donne à la décision de justice un caractère obligatoire, ce caractère ne concerne que les parties au procès : il n’est pas absolu mais relatif. Les tiers au procès ne sont absolument pas liés par la décision judiciaire qui ne les concerne pas. De sorte qu’il ne peut y avoir que des décisions particulières dotées d’une autorité relative, on voit donc mal comment un principe dégagé par la jurisprudence pourrait avoir la valeur générale d’une règle de droit obligatoire pour tous. Le juge est toujours maître de sa décision et peut changer d’interprétation.

 - le troisième argument qui conteste le fait que la jurisprudence puisse être une source du droit objectif, en raison de son caractère aléatoire.

En effet, certains auteurs considèrent que l'incertitude de la jurisprudence empêche de l'accepter au sein des sources du droit objectif.

Il est vrai qu'il n'y a pas toujours unité de la jurisprudence. Sur un même problème juridique, sur l'interprétation d'un même texte, il peut y avoir des divergences entre les différentes juridictions.

Il peut y avoir une divergence par exemple entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de Cassation, ou entre celle des juges du fond et celle de la Cour de Cassation, ou enfin il peut exister des divergences au sein même de la Cour de Cassation, et on constate parfois que la jurisprudence de telle chambre civile de la Cour de Cassation n'est pas la même que telle autre chambre civile.

La loi n’est jamais incertaine ; elle est la même pour tous. Si la jurisprudence peut varier d’une chambre à l’autre de la Cour de Cassation, elle ne présente pas la garantie de certitude que l’on peut attendre de la loi.

L'incertitude de la jurisprudence, selon ces auteurs, résulte aussi de son caractère rétroactif, et plus précisément du caractère rétroactif des revirements de jurisprudence.

Lorsqu'il y a revirement de jurisprudence, il est obligatoirement rétroactif.

En effet, au moment où le juge statut, il dégage la règle destinée à solutionner le litige et applique cette règle à des faits, qui bien sûre se sont déjà passés.

Lorsque la règle posée est nouvelle, qu'il y a eut revirement, et qu'elle inaugure donc une nouvelle jurisprudence, et bien cette jurisprudence rétroagit nécessairement pour se substituer à la règle antérieure. Double insécurité pour les citoyens : ils peuvent toujours craindre un revirement de jurisprudence et si le revirement intervient il sera appliqué de manière rétroactive.

On appelle "revirement de jurisprudence" le fait pour les juges de rompre à l'occasion d'un nouveau procès avec le principe de solution admis jusque là en adoptant une nouvelle position, un nouveau principe radicalement différent, parfois même complètement opposé.

Exemple : par un arrêt en date du 27 novembre 1984, la première chambre civile de la Cour de Cassation décide, en se fondant sur l’article 1128, que la clientèle médicale est incessible (qui ne peut pas faire l'objet d'une cession) car attachée à la personne du praticien, et donc comme la personne humaine, elle constitue une chose hors du commerce.

Par un arrêt du 7 novembre 2000, la même première chambre civile de la Cour de Cassation a opéré un revirement de jurisprudence en déclarant que la clientèle médicale pouvait être cédée à condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient. Les parties dont le procès a donné lieu à cette décision avaient conclu leur contrat à une époque où la jurisprudence interdisait ce contrat et la nouvelle solution, la validité du contrat, va pourtant leur être appliquée de manière rétroactive.

La Cour de Cassation retenait alors une nouvelle interprétation de l'article 1128, considérant que la clientèle médicale n'était plus une chose hors du commerce.

Le problème du caractère rétroactif des revirements de jurisprudence a fait l'objet d'un rapport commandé par le Premier Président de la Cour de Cassation (Guy CANIVET à l'époque), et confié à un groupe de travail présidé par le professeur Nicolas MOLFESSIS. Ce rapport a été remis le 30 novembre 2004, puis publié. Il propose essentiellement de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence, en n'appliquant pas immédiatement la règle nouvelle, pour éviter qu'elle vienne régir des faits nés avant son entrée en vigueur.

Ce rapport propose également de reconnaître le rôle créateur de la jurisprudence (créateur de règle de droit), c'est-à-dire d'admettre la jurisprudence comme une véritable source du droit objectif.

Paragraphe 2 : Les arguments pour admettre la jurisprudence au sein des sources du droit objectif

En dépit de tous les arguments développés précédemment, de plus en plus de juristes considèrent que la jurisprudence doit être considérée comme une source du droit.

JESTAZ affirme ainsi que les auteurs résonnent trop souvent en fonction de ce qui doit être, et non de ce qui est ; "a propos de la jurisprudence, on se demande toujours si elle a le droit d'être une source du droit, et non si elle en est une, qu'elle en ait ou non le droit. »

La jurisprudence est appliquée comme droit en vigueur, elle est d'ailleurs enseignée à ce titre, ce qui en fait réellement une source du droit objectif, en dépit de ce que la Constitution, ou l'article 1351 du Code civil (autorité de chose jugée) lui interdisent de jouer ce rôle".

Pour les auteurs qui défendent la jurisprudence comme source du droit objectif, la jurisprudence à un véritable pouvoir créateur de normes, pouvoir qui découle du pouvoir d'interprétation du juge. Ce pouvoir est à la fois la justification et la limite du pouvoir créateur de la jurisprudence. La justification car c’est à l’occasion de son travail d’interprétation de la loi qu’il créer une règle. La limite c’est qu’il ne peut créer une jurisprudence que s’il y a lieu à interprétation. Si la loi est claire, aucun juge n’a le pouvoir de la dénaturer en posant une règle contraire.

Les règles dégagées par la jurisprudence ont un caractère obligatoire car lorsqu'une jurisprudence est constante, le justiciable doit s'y conformer car c'est la solution qui sera systématiquement appliquée par les tribunaux tant qu'il n'y aura pas eut revirement de jurisprudence. Les règles ainsi dégagées par la jurisprudence sont de première importance.

Exemple : la majorité des règles régissant le droit de la responsabilité civile est issu de la jurisprudence, et nul ne songerait à les remettre en cause.

La jurisprudence a donc un pouvoir normatif; elle créé ces règles obligatoires.

Si on considère que la jurisprudence créé des règles obligatoires, il est légitime de s'interroger sur le fondement de ce caractère obligatoire.

On a un temps essayé de justifier ce caractère obligatoire en assimilant la création d'une jurisprudence à celle d'une coutume. Mais aujourd'hui, cette analyse est très majoritairement critiquée.

On a également essayé de justifier le caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle par l'autorisation de la loi; si le législateur ne condamne pas une jurisprudence en posant une règle contraire, c'est qu'il l'approuve, et lui donne alors implicitement un caractère obligatoire. Si on retient une telle analyse, la jurisprudence est une source secondaire qui ne créé des règles que par délégation de la loi. Or de nombreux auteurs considèrent que non seulement la jurisprudence est une source du droit objectif mais aussi une source autonome.

Les auteurs qui reconnaissent à la jurisprudence un rôle de premier plan écartent les reproches qui lui sont faits. D’une part la jurisprudence n’est pas plus fluctuante que la loi, en effet ils reconnaissent la nécessité de remédier au caractère rétroactif des revirements et la proposition de Molfessis semble être adaptée. Mais plus encore, ils mettent en avant la nécessité et l’intérêt des règles jurisprudentielles. Cette règle est un droit vivant qui évolue et qui s’adapte plus vite que la loi aux changements de la société.

PARTIE II : Les droits subjectifs

Les droits subjectifs sont les prérogatives, les pouvoirs que les particuliers possèdent à l'égard de certains biens, ou de certaines personnes. Ces prérogatives leur sont reconnues par le droit objectif, qui en détermine la nature et l'étendue.

Exemple : c’est le droit objectif qui dit que tout individu a droit au respect de sa vie privée (article 9 du Code Civil). Le droit objectif confère à tous les sujets un droit subjectif : le droit au respect de sa vie privée. Le droit de propriété est un droit subjectif, c’est le pouvoir reconnu par la loi à telle personne pour telle chose.

On les appelle les droits subjectifs car ils appartiennent à une personne déterminée, à un sujet. Il ne peut y avoir de droits subjectifs que dans le cadre que trace le droit objectif : c’est le droit objectif qui pose les conditions d’existence du droit subjectif et son étendue.

Exemple : c'est le droit objectif qui pose les conditions auxquelles on peut devenir propriétaire, et qui définie les prérogatives attachées à ce droit de propriété, et aussi les moyens de défendre ce droit.

Pour mieux appréhender la notion de droit subjectif, il faut d'abord identifier qui peut devenir titulaire de ce droit sujet (les "sujets" de droit), puis envisager les différentes catégories de droits subjectifs.

Ensuite, en étudier la manière dont ils prennent naissance, c'est à dire la source des droits subjectifs.

Et enfin, il faudra étudier les moyens par lesquels on peut prouver l'existence et le contenu de ces droits, car si on veut les faire respecter, et demander au juge de sanctionner les atteintes qui y sont portées, il faut commencer par prouver qu'on dispose bien de ces droits subjectifs.

Chapitre 1 : Le titulaire du droit subjectif: le sujet de droit

 On appelle sujet de droit tout être susceptible d'être titulaire de droits subjectifs et d'obligations.

Dans le monde juridique, il n'existe en effet que deux catégories : les "sujets de droit", ou "personnes juridiques", et les choses, qui ne sont que "objets de droit" (meubles ou animaux, etc.).

Lorsqu'on envisage les personnes juridiques, c'est à dire les titulaires possibles de droits subjectifs, on pense bien sûre aux être humains.

Mais les êtres humains ne sont pas les seuls à être des sujets de droit subjectif, à être dotés de la "personnalité juridique".

En effet, le droit reconnaît également la personnalité juridique, et donc l'aptitude générale à être titulaire de droits et d'obligations, à des groupements d'individus (comme les sociétés commerciales ou les associations par exemple).

Il existe donc deux types de sujets de droit, de personnes juridiques; les personnes physiques (les êtres humains) et les personnes morales (groupements d'être humains).

Il convient de commencer par exposer cette distinction, avant de s'intéresser plus particulièrement à la personne physique (aux être humains en tant que sujets de droit) en précisant comment cette dernière acquiert et perd la personnalité juridique.

Section 1 : Personne physique et personne morale

 Il existe deux catégories de sujets de droit: les personnes physiques, et les personnes morales.

La reconnaissance de la personnalité juridique des personnes physiques ne peut pas par principe soulever de controverse, elle va de soit.

En admettant l'existence de droits subjectifs, le droit objectif, construction humaine (inventé par les hommes), a bien sûre avant tout entendu consacrer et sauvegarder les intérêts des individus, les intérêts des êtres humains.

C'est donc naturellement que l'être humain s'est imposé comme le premier sujet de droit.

Il faut toutefois rappeler que la qualité de sujet de droit n'a pas toujours été reconnue à tous les êtres humains. Le principe selon lequel tout être humain a la personnalité juridique, et donc est un sujet de droit, est relativement récent.

Jusqu'au XIXème siècle, il existait encore des êtres humains, à qui le droit refusait la personnalité juridique, et donc la qualité de "sujet de droit". C'était le cas des esclaves, des condamnés "frappés de mort civile", ou encore de ceux qu'on appelait les "monstres".

La question reste encore posée aujourd'hui pour l'enfant à naître, car si pose comme principe que tous les êtres humains sont des sujets de droit, et que l'enfant à naître n'est pas un sujet de droit, peut-on le considérer comme un être humain?

A coté des êtres humains à personnes physiques, on admet depuis longtemps qu'un groupement de personnes peut être doté de la personnalité juridique.

Il est alors un sujet de droit à part entière, distinct des sujets qui le composent, et avec son propre patrimoine (ses créances et ses dettes), et ses propres droits subjectifs.

Il existe des personnes morales de droit public, comme l'État, les collectivités locales, ou les établissements publiques (universités), et des personnes morales de droit privé, comme les sociétés commerciales, les sociétés civiles, les associations, les syndicats professionnels...etc.

La reconnaissance de la personnalité juridique à des groupements d'individus a toutefois suscité une controverse.

Deux conceptions s'opposaient;

 - les partisans de la théorie de la "fiction" soutenaient que la personnalité juridique accordée à des groupements était une fiction juridique, les personnes morales ne devant leur personnalité juridique qu'à la volonté du législateur.

 - S'opposait aussi à cette théorie les partisans de la théorie de la "réalité des personnes morales", qui soutenaient au contraire que la personnalité juridique appartient naturellement aux groupements constitués pour la défense d'intérêts collectifs, et dotés des structures propres à permettre l'expression d'une volonté collective représentative de ces intérêts.

L'enjeu est que selon cette seconde théorie, la reconnaissance de la personnalité juridique à un groupement ne nécessite pas nécessairement l'intervention du législateur.

La Cour de Cassation a consacré la théorie de la réalité dans un arrêt du 28 janvier 1954.

Si l'intervention du législateur n'est pas nécessaire pour que puisse exister une personne morale (dans le sens qu'il peut exister une personne morale sans qu'elle ait été prévue par la loi), c'est tout de même lui qui pose les conditions du maintient ou du retrait de la personnalité juridique des personnes morales.

Les conditions d'acquisition et de perte de la personnalité juridique par les personnes morales sont très variables. Par exemple, les sociétés commerciales acquièrent la personnalité juridique au jour de leur immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés, et la perdent au jour de leur dissolution. Pour les associations, il faut une déclaration à la préfecture pour qu'elles acquièrent la personnalité juridique, et qu'elles deviennent donc une personne morale.

Il existe des groupements qui n'ont pas de personnalité juridique, et parmi ceux qui l'ont, ils n'ont pas tous une pleine capacité juridique.

Cette année, il s'agit d'étudier le statut des personnes physiques, et de mettre de coté celui des personnes morales (que l'on étudiera l'an prochain en droit administratif).

Section 2 : L'acquisition de la personnalité juridique de la personne physique.

Le principe est que la **personnalité juridique** est attribuée à tout être humain à compter de sa naissance et jusqu'à sa mort.

Paragraphe 1 : L’acquisition de la personnalité juridique à la naissance

Un individu accède à la personnalité juridique à l'instant où il naît. Cette solution traditionnelle repose sur la volonté de faire coïncider existence physique et existence juridique. En effet, selon une conception classique, c'est la naissance qui marque le commencement de la vie, avant cet instant l'enfant ne peut être distinguer de sa mère dont il n'est pas autonome ; les romains disaient qu'il était « pars viceris matris », c'est-à-dire une part des vicaires de la mère ; aujourd'hui même si les progrès techniques ont permis d'établir qu'il y avait bien une vie avant la naissance, l'argument selon lequel le commencement de la vie doit s'entendre d'une vie autonome est l'un des arguments les plus souvent avancés pour défendre le choix de la naissance comme point de départ de la personnalité juridique.

 L'importance de l'instant de la naissance explique que la déclaration de naissance doit être effectuée auprès du service de l'Etat civil de la mairie du lieu où elle est intervenue dans les 3 jours qui suivent l'accouchement. Il ne suffit pas de naître pour devenir un sujet de droit, il faut naître **vivant et viable**, en effet l'enfant mort-né n'a jamais été une personne juridique. De même, l’enfant non viable c'est-à-dire l'enfant qui ne dispose pas des aptitudes suffisantes pour survivre à sa naissance en raison d'une malformation ou parce qu'il est né trop tôt ne sera jamais un sujet de droit. Le droit a préféré ne pas tenir compte d'une vie aussi brève qui n'était pas faite pour durer. Prendre comme point de départ de la personnalité juridique la naissance implique donc que l'enfant à naître (embryon → fœtus) n'est pas un sujet de droit, il n'est titulaire d'aucun droit et bien sûr d'aucune obligation. C'est pour cette raison par exemple que la cour de cassation refuse en cas de mort d'un embryon ou d'un fœtus à la suite de l'erreur ou de la violence d'un tiers de retenir la qualification « d'homicide involontaire », car un homicide c'est tuer un sujet de droit, or le fœtus ou l'embryon n'était pas un sujet de droit. Elle fait valoir le régime juridique de l'enfant à naître relève des textes particuliers sur l'embryon et le fœtus mais que l'enfant à naître ne bénéficie pas du statut de sujet de droit. Un arrêt de l'assemblée plénière du 29 juin 2001 s'est prononcé dans ce sens et un arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation du 4 mai 2004. A contrario, si on ne naît pas vivant et viable, on ne sera jamais sujet de droit.

 Avec les progrès de la science, on sait aujourd'hui qu'il existe une vie intra-utérine. La position classique qui consiste à faire démarrer la personnalité au jour de la naissance est de plus en plus critiquée. La naissance n'est pas le début de la vie de l'être humain, il existe donc des être humains vivants qui ne sont pas des sujets de droit. Il n'y a pas de coïncidence entre le début de la vie et le début de la personnalité juridique. C'est cet argument qui est le plus souvent invoqué, par ceux qui prêchent la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à l'embryon et au fœtus. Ce débat est rendu compliqué par 2 éléments :

* si on ne retient pas la naissance, quel moment alors faut-il retenir pour le commencement de la personnalité juridique. Certains proposent de remonter au tout début de la conception, d'autres proposent de retenir le moment où l'embryon devient fœtus (environ 3 mois), d'autres encore proposent de retenir le moment où le fœtus devient viable (environ 6 mois). On voit tout de suite qu'il n'y a pas d'unanimité.
* Le débat sur l'avortement, peut on reconnaître la personnalité juridique de l'enfant à naître et dans le même temps autoriser l'avortement ? C'est pourquoi, certains proposent de retenir comme point de départ de la personnalité juridique la date au-delà de laquelle l'avortement n'est plus possible. Article L 2213-1 du code de la santé publique (avortement thérapeutique), L 2212-1 (avortement non thérapeutique autorisé avant la fin de la 12ème semaine de grossesse).

En dépit de toutes ces revendications, le droit objectif n'a pas changé la règle, il n'a pas fait de l'enfant à naître un sujet de droit. Toutefois, l'enfant à naître est un être humain et l'article 16 du Code Civil dispose que « la loi assure le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». L'enfant à naître n'est pas un sujet de droit, mais il doit être respecté en tant qu'être humain. En effet, il y a une autre manière de protéger l'enfant à naître que de faire de lui un sujet de droit, le droit objectif assure la protection de l'embryon et du fœtus. Mais il ne les protège pas en tant que sujet en leur donnant des droit, il les protège en tant que « chose humaine », non sujet certes mais humaine et l'humanité de l'embryon nécessite et justifie des règles protectrices mises en œuvre par le droit objectif et qui sont regroupées dans le Code Civil, mais essentiellement dans le Code de la santé publique. Ainsi depuis les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004 le code de la santé pose des règles très protectrices de l'embryon et du fœtus, il pose le principe de l'interdiction des recherches sur l'embryon, sauf que depuis 2004 à titre exceptionnel des expériences peuvent être faite sur des embryons in vitro. Il y a aussi de l'interdiction de l'utilisation des embryons à des fins commerciales ou industrielles.

Paragraphe 2 : Le tempérament au principe : l’acquisition de la personnalité juridique au jour de la conception

 Certains textes du Code civil comme les articles 725 et 906 reconnaissent à l’enfant conçu le droit d’hériter en présence ou non d’un testament ou encore le droit de bénéficier d’une donation.

Cette possibilité a été érigée en règle générale par la jurisprudence.

La jurisprudence considère que l’enfant conçu mais non encore né doit être tenu pour né chaque fois qu’il y va de son intérêt. « Infans conceptus pro nato habetur quoties decommodis ejus agitur ».

L’enfant peu donc acquérir des droits et au-delà la personnalité juridique avant même sa naissance toutefois cette personnalité juridique reconnue par exception à l’enfant à naître est à la fois partielle et conditionnelle.

Elle est partielle car comme l’indique l’adage, elle ne joue que dans l’intérêt de l’enfant.

L’application de la règle infans conceptus, a ainsi permit d’autoriser les reconnaissances prénatale de paternité ou de maternité dès lors qu’on considère qu’il est dans l’intérêt de l’enfant de pouvoir s’assurer dès la conception des droits découlant de l’établissement de sa filiation.

La Cour de Cassation a aussi considéré par exemple, que la rente allouée aux enfants du défunt en cas d’accident mortel du travail était du à l’enfant conçu dès le décès de son parent. La référence à l’intérêt de l’enfant ne l’interdit pas d’être débiteur d’une obligation, mais à condition qu’elle soit l’accessoire d’une créance.

Par exemple, l’enfant dont le père est mort avant sa naissance peut hériter de son père et, dans ce cas il hérite de l’actif et du passif de la succession.

 La personnalité juridique est conditionnelle, en effet seuls les enfants qui vont naître vivant et viable pourront revendiquer la règle "infans conceptus" pour se voir reconnaître la personnalité juridique depuis leur conception si c'est dans leur intérêt.

Par exemple, l'enfant dont le père meurt avant sa naissance, au moment où son père meurt il n'est pas en principe un sujet de droit car il n'est pas encore naît, il ne peut donc en principe pas hériter car ceux qui hérites, sont ceux qui avaient la qualité d'héritier au moment de la mort du défunt et à défaut d'être un sujet de droit à ce moment là il ne peut pas être un héritier.

Il y a donc deux cas possible:

 - si la grossesse se poursuit et que l'enfant naît vivant et viable, il peut alors réclamer le bénéfice de la règle "infans conceptus", parce que c'est dans son intérêt d'hériter, et dans ce cas on considère qu'il a la personnalité juridique depuis la conception et que donc il avait au moment du décès de son père et qu'il a donc pu à ce moment là acquérir le droit d'hériter de ce dernier.

 - si la grossesse ne va pas à son terme, ou si l'enfant ne naît pas vivant et viable, il ne pourra pas invoquer le tempérament de la règle "infans conceptus" et comme on n'est pas un sujet de droit avant la naissance il n'aura jamais eu la personnalité juridique et n'aura jamais hérité.

On dit que la condition de naissance vivant et viable est une condition suspensive. Elle est suspensive car l'existence d'un droit dépend de la réalisation de cette condition. Si la condition se réalise, le droit existe rétroactivement, depuis la conception.

Certains ont proposé de faire de la condition de « naissance vivant et viable », une condition résolutoire c'est-à-dire un événement dont la survenance éteint rétroactivement un droit qui existe.

La difficulté posée par la règle infans conceptus c'est que du coup, il devient essentiel de pouvoir fixer, avec assez de précisions, la date de la conception.

Pour fixer la date de la conception, on se fit à l'article 311 1er alinéa du Code civil, qui dit que la conception est présumée avoir eut lieu à un moment quelconque de la période qui s'étend du 300ème au 180ème jour avant la date de la naissance.

**En résumé**:

L'enfant à naître, par principe, n'est pas un sujet de droit, puisque la personnalité juridique s'acquiert à la naissance. Il n'est qu'une chose, mais une chose protégée. Mais exceptionnellement, il peut se voir reconnaître la personnalité juridique. On peut donc être un sujet de droit avant de naître, dès sa conception, par le jeu de la règle "infans conceptus", mais d'une part, ce n'est que si c'est dans son intérêt, et d'autre part de naître il faut aussi naître vivant et viable.

Section 3 : La fin de la personnalité juridique

 C'est la mort qui marque la fin de la personnalité juridique. Quand on meurt, on cesse d'être un sujet de droit, donc on cesse d'être titulaire de droits et d'obligations.

Ceci montre encore une fois le souci de faire coïncider existence "juridique" et existence "physique".

Toutefois, il faut distinguer deux hypothèses: l'hypothèse où la mort est certaine, et celle où la mort reste douteuse, c'est à dire qu'on ne peut pas dire avec certitude que le décès est survenu.

Paragraphe 1 : L'hypothèse d'une mort certaine

 La mort est certaine lorsque l'arrêt complet et irréversible des fonctions vitales a été constaté. Dans ce cas, un acte de décès est dressé par l'officier d'État civil, précisant la date et l'heure du décès, constaté par un médecin. C'est à compté de cette date que la personnalité juridique disparaît. La mort est donc un instant essentiel.

 Pendant très longtemps, aucun texte de droit ne donnait une définition de la mort, il était donc difficile d'en définir un stade précis où la considérer. C'est lorsqu'il a fallut réglementer le don d'organes, que le Code de la Santé publique a donné une définition de la mort, puisqu'il ne peut y avoir de don d'organe qu'après constat de la mort du donneur.

L'article R1232-1 issu d'un décret du 2 août 2005 qui dispose "si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, la mort peut être établie que si les trois critères cliniques suivant sont présents:

 - 1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée.

 - 2. Absence de tous les réflexes du tronc cérébrale.

 - 3. Absence totale de ventilation spontanée.

L’individu est toujours humain mais dès qu’il est mort il cesse d’être sujet de droit. Le corps sans vie, le cadavre est une chose, mais comme pour le fœtus son humanité justifie une protection spécifique. Ainsi l’article 16-1-1 du Code Civil dispose « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, les restes de la personne décédée y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu a crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence. Le Code Pénal lui aussi sanctionne les atteintes portées à l’intégrité du cadavre. Tant qu’on est en vie, on peut refuser que l’on fasse une expertise post mortem (article 1611 alinéa 2 du Code Civil : « on ne peut pas faire une expertise génétique sur une personne décédée sauf accord expresse donné par cette personne de son vivant. ». De la même manière, on peut refuser de donner nos organes à notre mort (article L1232-6 du Code de la Santé Public : « le sujet vivant peut refuser des prélèvements d’organes après sa mort »). La protection du corps humain après la mort est renforcée par différentes actions. Ainsi l’article 225-17 du Code Pénal sanctionne toute atteinte à l’intégrité du cadavre. Enfin, l’article 16-2 du Code Civil autorise le juge à prendre toutes les mesures propres à faire cesser une atteinte illicite au corps humain y compris après la mort.

 Le cadavre n’est plus un sujet de droit, mais parce qu’il est humain, le droit objectif assure sa protection et son respect.

Paragraphe 2 : Les hypothèses de doute sur la mort

 Dans certains cas, l’existence d’une personne est douteuse parce qu'elle est absente depuis longtemps, et que personne n'a de ses nouvelles.

La loi organise deux régimes pour les cas d'incertitude sur la vie de la personne, qui correspondent à deux situations différentes.

Le premier est celui où une personne a disparu sans nouvelles, donc le régime de l'absence, l'autre est le régime de la disparition.

1. La procédure de l’absence

 Au sens juridique du terme, l'absence est l'état d'une personne dont on ne sait pas si elle est morte ou vivante.

Cette situation est envisagée aux articles 112 et suivants du Code civil. Lorsqu'une personne a cessé de donner de ses nouvelles, on peut lancer une procédure, permettant de constater son absence, puis de présumer sa mort.

Cette procédure se divise en deux phases;

* Dans une première phase, on présume que l'absent est en vie, puis, dans le deuxième temps de la procédure on présume qu'il est mort.

La première phase de la procédure est la phase de la présomption d'absence. Lorsque selon l'article 112 du Code civil, « une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on ait eut de ses nouvelles, toute personne qui y a intérêt, peut saisir le juge des tutelles pour que soit déclarée la présomption d'absence. »

 Le juge des tutelles va rendre un jugement prononçant la présomption d'absence. Dans ce jugement, il désigne un membre de la famille ou un tiers, qu'il charge de veiller à la protection des intérêts du présumé absent. La période de présomption d'absence prend fin avec le retour de l'intéressé, ou par la preuve par tout moyen de son décès.

Mais si aucun des deux éléments ne se produit, on peut alors passer à la deuxième phase de la procédure.

 - La deuxième phase consiste à déposer une requête en déclaration d'absence auprès du Tribunal de Grande Instance du lieu de la dernière résidence de l'intéressé, afin que celui-ci soit déclaré absent.

Cette requête ne peut être déposée que 9 ans après le jugement de présomption d'absence. Elle doit être publiée afin que l'intéressé puisse être prévenu (c'est plutôt théorique).

Le jugement déclaratif d'absence ne peut intervenir qu'un an après cette requête, soit 10 ans après le jugement prononçant la présomption d'absence. Ce jugement doit également être publié.

Le jugement déclaratif d'absence a la même valeur qu'un acte de décès, et tient d'ailleurs lieu d'acte de décès. Les biens de l’absent sont dévolus à ses héritiers, et son mariage est dissout.

Si l'absent revient après le jugement déclaratif, ce jugement pourra être annulé. L'absent récupère ses biens, mais le mariage reste dissout.

1. La disparition

 La disparition est l'état d'une personne dont on a la quasi-certitude qu'elle est morte. Son cadavre n'a cependant pas put être retrouvé, ce qui interdit le constat du décès.

L'article 88 du Code civil dispose que le régime de la disparition s'applique à la personne disparue dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a put être retrouvé. En l'absence de cadavre, l'acte de décès ne peut pas être dressé.

Il faut donc adresser une requête au Tribunal de Grande Instance pour faire constater la disparition.

Après enquête, le tribunal rend un jugement déclaratif de décès, qui tient lieu d'acte de décès.

En cas de réapparition de l'individu, on applique les mêmes dispositions que pour l'absent.

Chapitre II : Les différentes catégories de droits subjectifs

Les droits subjectifs peuvent être divisés en deux grandes catégories : d'un coté ce qu'on appelle les droits patrimoniaux, et de l'autre les droits extrapatrimoniaux.

Les premiers doivent leur nom au fait qu'ils appartiennent au patrimoine de l'individu, et les second au fait qu'ils n'y figurent pas.

Pour comprendre cette distinction, il faut commencer par expliquer ce qu'est le patrimoine.

Section 1 : Distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux

 Pour bien comprendre la distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux, il faut commencer par définir le patrimoine.

 Le patrimoine, c'est l'ensemble des biens et obligations d'une personne. Il comporte donc un actif et un passif. L'actif est constitué de tous les droits qui ont une valeur économique pour la personne considérée. Le passif quant à lui est constitué de toutes les dettes de cette personne.

On dit que le patrimoine est une universalité juridique, c'est à dire une réunion d'éléments qui constitue une unité juridique, une entité distincte des éléments qui le composent.

On prend souvent l'image d'un sac. Le sac peut être remplie de dettes et de créances, ou uniquement de dettes, ou uniquement de créances, mais même s'il est vide, il existe encore.

La notion de patrimoine est étroitement liée à celle de sujet de droit, de personne juridique.

* en effet, seules les personnes (physiques ou morales, mais des sujets de droits) ont un patrimoine.
* toutes les personnes juridiques ont un patrimoine
* le patrimoine reste lié à la personne aussi longtemps que dure la personnalité. On ne peut pas céder son patrimoine.

Ce n'est qu'au décès d'une personne physique, ou à la dissolution d'une personne morale que le patrimoine peut être transmis.

 Une personne n'a qu'un seul patrimoine ; cela signifie que même si une personne affecte certains biens de son patrimoine à une activité particulière, comme un commerce par exemple, ces biens demeurent dans son patrimoine, et l'ensemble de l'actif continu à répondre de l'ensemble du passif.

En pratique, cela signifie que si le commerçant individuel contracte des dettes importantes pour son commerce, ses créanciers (ceux à qui il doit de l'argent) peuvent exiger la vente de tous les biens figurants dans son patrimoine, et pas seulement de ceux qu'il a affecté à son commerce. C'est pourquoi il est intéressant de constituer une société commerciale, car c'est une personne juridique autonome, avec son patrimoine autonome. Si la société a des dettes, elle ne répond de ses dettes que sur les biens présents dans son patrimoine à elle et en aucun cas le patrimoine des associés ne peut être inquiété puisque ce ne sont pas leurs dettes à eux mais les dettes de la société. Certains droits étrangers comme le droit allemand ont une conception différente du patrimoine et admette qu’une même personne puisse avoir plusieurs patrimoine : c’est la théorie du patrimoine d’affectation.

 Les droits subjectifs peuvent être classés en fonction du patrimoine, en distinguant ceux qui entrent et ceux qui n'entrent pas dans le patrimoine.

Les droits patrimoniaux figurent dans le patrimoine car ils sont évaluables en argent. Ils correspondent à une richesse, ils ont une valeur marchande, et peuvent donc être transmis à titre onéreux (c'est à dire en échange d'argent). Par exemple: le droit de propriété est un droit patrimonial, ainsi aussi que le droit d'exploiter une œuvre artistique ou littéraire.

Les droits extrapatrimoniaux eux, présentent pour les sujets un intérêt moral. Ils sont extrêmement liés à son être, à sa personne, et ne peuvent donc être transmis contre de l'argent. N'ayant pas de valeur marchande, ils n'entrent pas dans le patrimoine.

Par exemple, le droit moral de l'auteur sur son œuvre, qui va lui permettre de surveiller que celui qui l'exploite ne la dénature pas.

Autre exemple, le droit des grands-parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits enfants.

Section 2 : Les droits patrimoniaux

 Il existe trois catégories de droits patrimoniaux:

 - les droits réels

 - les droits créances (les droits personnels)

 - les droits intellectuels

Paragraphe 1 : Les droits réels

(En référence à « Res », en latin = la chose)

 Les droits réels sont les droits subjectifs qui confèrent à leur titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose.

Le droit réel suppose donc la réunion de deux éléments:

* Une personne: le titulaire du droit,
* Et une chose: l'objet du droit.

 Avec ce droit subjectif, le sujet, titulaire du droit, bénéficie de certains pouvoirs, qu'il peut exercer sur la chose, objet de son droit.

 L'exemple type du droit réel est le droit de propriété.

Les droits réels ont la particularité d’être opposables à tous, ce qui implique pour leurs titulaires deux prérogatives particulières :

* le droit de suite
* le droit de préférence

Le droit de suite permet au titulaire du droit réel d'exercer son droit sur la chose en quelque main qu'elle se trouve (le droit suit la chose). Par exemple, c'est ce droit de suite qui permet au titulaire d'une chose volée ou perdue de la revendiquer en quelque main qu'elle se trouve.

C'est également le droit de suite qui permet au créancier hypothécaire de faire valoir son droit contre le nouvel acquéreur de l'immeuble.

 Le droit réel confère également à son titulaire un droit de préférence qui consiste lorsqu'il y a conflit entre le titulaire d'un droit réel sur une chose, et une autre personne non titulaire d'un droit réel, de préférer le premier.

1. Les droits réels principaux
2. Le droit de propriété

 Il est défini à l'article 544 du Code Civil. Il est défini comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements.

Les romains s'étaient interroger sur les pouvoirs qu'on pouvait avoir sur une chose, et en avaient identifié trois, qui sont donc les trois à la disposition du propriétaire. En effet, le droit de propriété confère à ses titulaires trois propriétés:

* l'usus, qui est le droit d'user, de se servir soit même de la chose
* le fructus, qui est le droit de percevoir les fruits de la chose, les revenus
* l'abusus, qui est le droit de disposer de la chose à titre gratuit ou à titre onéreux.
1. Les démembrements de la propriété, ou encore droits réels démembrés de la propriété.

Ces droits confèrent à leur titulaire une partie seulement des prérogatives attachées au droit de propriété.

Il s'agit tout d'abord de « l'usufruit », qui est un droit viager (qui prend fin à la mort de son titulaire). Ce droit confère à son titulaire, deux attributs seulement de la propriété : l'usus et le fructus. C'est le « nu propriétaire » qui conserve l'abusus (ex : l’usufruit peut être conventionnel

Il s'agit ensuite des servitudes, qui sont les droits permettant au propriétaire d'un immeuble, qu'on appelle le « fonds dominant », de retirer à perpétuité certains services d'un immeuble voisin que l’on appelle le « fonds servant », comme par exemple le droit de passer, ou de puiser de l'eau.

1. Les droits réels accessoires

On les appelle les droits réels accessoires car ils sont l'accessoire d'une créance dont ils garantissent le paiement. Il s'agit d'affecter un bien déterminé à la garantie du paiement complet. Le créancier (celui à qui on doit la dette) obtient sur ce bien un droit réel, qui garantie le paiement de la dette : on parle aussi de sûreté réelle, que l'on oppose aux sûretés personnelles, qui engagent une personne qui assure le paiement. Les principaux droits réels accessoires sont l'hypothèque et le gage. L'hypothèque consiste à affecter un immeuble en garantie de la créance. Celui qui bénéficie de l’hypothèque est titulaire d’un droit réel sur la chose qui ne lui permet pas d’user de l’immeuble ni même d’en percevoir les fruits. Il lui permet seulement de faire saisir l’immeuble et de le faire vendre dans le cas où sa créance ne serait pas payer. Le créancier hypothécaire a le droit de suite et du droit de préférence (si la maison est vendue aux enchères, il sera le premier à être payé.). Le gage permet, de la même manière, de garantir une créance mais la différence est que la chose donnée en garantie est un meuble (ex : voiture. C’est la raison pour laquelle, lorsqu’on achète une voiture d’occasion, on demande au vendeur de fournir un certificat de non gage).

Paragraphe 2 : Les droits de créances ou droit personnels

 Le droit de créance est le droit qu'a une personne, appelée le créancier, d'exiger une certaine prestation d'une autre personne, appelée le débiteur. Alors que le droit réel est un rapport de droit entre une personne et un bien, le droit personnel est un rapport de droit entre deux personnes.

Il comporte trois éléments :

* le créancier, celui a qui on doit la prestation
* le sujet passif du droit (le débiteur, celui qui doit la prestation),
* et enfin la prestation qui est l'objet du droit.

Exemple : Je conclus un contrat avec un garagiste pour qu’il répare ma voiture. Il se crée entre nous, un rapport de droit. Le garagiste est débiteur, je suis créancier, l’objet du droit de créance c’est l’obligation de la réparation. Mais je suis également débiteur du garagiste qui est mon créancier pour une créance qui est, cette fois-ci, le paiement de la réparation.

Le droit de créance peut avoir trois sortes d'objet cela signifie que la prestation que le débiteur doit au créancier peut être de trois sortes.

* Soit le débiteur a, à l’égard du créancier, l'obligation de donner c'est-à-dire l'obligation de transférer la propriété d'un bien.

Par exemple, le contrat de vente fait naître deux obligations de donner;

* une obligation de donner la chose achetée, dont le vendeur est débiteur
* et une obligation de donner le prix correspondant à la chose, dont cette fois-ci l'acheteur est débiteur.
* Soit l’obligation à laquelle est tenu le débiteur est une obligation de faire. Le débiteur s’est engagé à exécuter une prestation déterminée.

Exemple : le peintre, qui s'engage à repeindre une maison, est débiteur d'une obligation de faire.

* Enfin, le droit de créance peut porter sur une obligation de ne pas faire. Dans ces cas-la, le débiteur est tenu de s’abstenir d’un acte au profit du créancier.

L'exemple le plus courant est la close de non concurrence, qui est l'accord contractuel par lequel le vendeur d'un fond de commerce s'engage à ne pas avoir un autre commerce de même nature, pendant un certain temps, dans un certain périmètre. Le droit de créance est un droit que va protéger le droit objectif, et c'est donc un droit d'obligation entre deux personnes; un débiteur et un créancier.

 A la différence du titulaire d'un droit réel, le titulaire d'un droit de créance n'a ni droit de suite ni droit de préférence. Si le débiteur a plusieurs créanciers, et que ses biens ne suffisent pas à payer toutes les dettes, il ne pourra être payé sur le prix de vente de l’immeuble du débiteur qu’après les créanciers qui sont titulaires d’un droit réel (ex : hypothèque) et en partageant avec tous les autres créanciers en proportion du montant de leur créance, créancier qui comme lui n’ont pas de garantit, de sûreté, et qu’on appelle les créanciers chirographaires.

Paragraphe 3 : Les droits intellectuels

 Les droits intellectuels peuvent être définis comme des prérogatives, conférant à leur titulaire un monopole d'exploitation sur une chose incorporelle, qui résulte de l'activité intellectuelle du sujet.

Exemple de droits intellectuels: le droit de propriété littéraire et artistique qui confère à l’auteur d’une œuvre artistique, le monopole d’exploitation de cette œuvre, le droit de propriété industrielle (brevets d'inventions), et le droit de clientèle.

Section 3 : Les droits extrapatrimoniaux

 Les droits extrapatrimoniaux sont, on l'a vu, les droits qui ne sont pas susceptibles d'être évalués en argent, ils échappent à toute commercialisation. Cependant même si ces droits ne peuvent être évalués en argent, s’ils sont méconnus ou que quelqu’un leur porte atteinte, la sanction que prévoit le droit objectif en cas de non respect d'un droit extrapatrimonial d'une personne, est le plus souvent le paiement de dommages et intérêts. (Le droit subjectif donne à chacun un droit extrapatrimonial; le droit à la vie privé).

Les droits extrapatrimoniaux sont d'origine très diverse. Les principales catégories sont les suivantes:

* les droits politiques c'est-à-dire le droit de participer à la vie publique, soit en étant élu, soit en votant, c'est à dire le droit de vote et le droit d'éligibilité
* les droits de famille, c'est à dire les droits destinés à organiser les relations non patrimoniales entre différents membres d'une même famille. Ces droits découlent soit du mariage soit de la filiation (ex : les parents ont sur leurs enfants l'autorité parentale ; le droit des grands-parents d'entretenir des relations avec leurs petits enfants)
* les droits de la personnalité, qui sont attachés avec la notion de "personne juridique". Ils regroupent l'ensemble des prérogatives destinées à préserver l'individualité d'une personne.

On range dans cette catégorie d'abord les droits relatifs à l'intégrité physique, c'est à dire les droits d'une personne sur son propre corps.

Mais entrent aussi dans cette catégorie les droits relatifs à l'intégrité morale, tel que le droit au nom, le droit de défendre son honneur, le droit au respect de la vie privée, le droit de chacun sur sa propre image.

On range aussi dans cette catégorie le droit à l’image

En général, les droits extrapatrimoniaux sont fortement attachés à la personne de leur titulaire, c'est pour ça que comme la personne est hors du commerce, ils ne peuvent pas être monnayés.

Cela justifie que ces droits sont imprescriptibles (on ne peut les perdre) et indisponibles (on ne peut pas les céder, les transmettre, ni saisis).

Chapitre III : Les sources du droit objectif

 Dans un certain sens, tous les droits subjectifs trouvent leur source première dans la règle de droit objectif qui les définit et les sanctionne (assure leur protection). Mais quand on parle des sources du droit subjectif, on fait plus précisément allusion aux circonstances que le droit objectif prend en considération pour donner naissance au droit subjectif. Or ces circonstances peuvent être classées en deux catégories d’après le rôle que joue la volonté. Ces deux catégories sont les faits juridiques et les actes juridiques.

 L'acte juridique est une manifestation de volonté accomplie en vu de produire des effets de droit.

Exemple : un contrat de vente est un acte juridique, car la seule raison pour laquelle l'acheteur et le vendeur ont manifesté la volonté de conclure le contrat est de bénéficier des effets de droit attachés à ce contrat, c'est à dire pour l'acheteur, devenir propriétaire de la chose, et pour le vendeur, substituer une somme d'argent à son droit de propriété.

Au contraire, le fait juridique engendre également des effets de droit, mais ces derniers n'ont pas été voulus pas les personnes concernées. En effet, le fait juridique est un événement volontaire ou non, qui engendre des effets de droit qui n'ont pas été recherchés, mais qui sont imposés par la loi.

Par exemple, une personne en blesse une autre; c'est un fait juridique. Qu'elle la blesse volontairement ou involontairement, cela va créer des effets de droit, et même la naissance pour la victime d'un droit de créance qui porte sur une obligation de verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice subit.

Section 1 : Les actes juridiques

 Les actes juridiques sont des actes volontaires, spécialement accomplis par une personne pour produire, dans le cadre et les conditions du droit objectif, des effets de droit, dont la nature et la mesure sont précisément déterminés par sa volonté.

Les actes juridiques ne sont pas exclusivement créateurs de droits subjectifs. En d'autres termes, les effets de droit qu'ils produisent ne sont pas toujours la création d'un droit subjectif. Il peut s'agir également de modifier un droit subjectif, de le transmettre à quelqu'un d'autre, ou encore de décider de son extinction.

Il existe plusieurs catégories d'actes juridiques: les conventions et les actes juridiques unilatéraux.

Paragraphe 1 : Les conventions

 La convention est un accord de volonté entre deux personnes ou plus, dans le but de produire des effets de droit (article 1101 du Code Civil). A condition d'être valable, en respectant les conditions posées par le droit objectif, ces conventions peuvent créer des effets de droit. Certaines de ces conventions sont créatrices de droits subjectifs.

Exemple : lorsqu’on conclut une convention pour consentir l’hypothèque sur un immeuble, c’est un accord de volonté entre le créateur et le propriétaire de l’immeuble pour conférer au créancier un droit réel sur l’immeuble du débiteur.

 La convention peut également faire naître un droit de créance. On appelle alors la convention un contrat. Le contrat est un accord de volonté entre au moins deux personnes qui fait naître un rapport d’obligation, si les deux parties sont respectivement créancière et débitrice de l’autre on dit que le contrat est synallagmatique (ex : contrat de vente). La donation, au contraire, est bien un contrat parce qu’il faut un accord de volonté entre le donateur (celui qui donne) et le donataire (celui à qui on donne) mais c’est un contrat unilatéral car seulement une des parties au contrat est obligée : le donateur est débiteur d’une obligation de donner et le donataire est créancier.

Enfin, certaines conventions portent sur un droit subjectif qui existe déjà:

* soit pour le transmettre, comme par exemple la cession de créance
* soit pour l'éteindre, comme par exemple un accord de volonté qui constate une remise de dette.

Paragraphe 2 : Les actes juridiques unilatéraux

L'acte juridique unilatéral, puisque c'est un acte juridique, est une manifestation de volonté dans le but de produire des effets de droit. Mais à la différence de la convention, il n'y a pas rencontre d'au moins deux volontés, mais l’expression d'une seule volonté.

 L’acte juridique unilatéral peut avoir pour objet de créer des droits subjectifs (ex : la reconnaissance d’enfants naturels.

 L'acte juridique unilatéral peut avoir également pour objet de transmettre des droits subjectifs (ex : le testament) ou encore d'éteindre un droit subjectif dont on est titulaire (ex: renonciation à une succession).

Section 2 : Les faits juridiques

 Les faits juridiques sont des événements ou des actions qui engendrent pour les sujets de droits des effets juridiques indépendamment de leur volonté, mais du seul fait de la loi. Par leur existence même, ils entraînent la création, la transmission, ou l'extinction d'un droit subjectif, sans qu'il ait été nécessaire que cette dernière ait été voulue par le sujet.

 Les faits juridiques sont très nombreux et très divers.

Il peut s'agir tout d'abord d'événements naturels, comme par exemple la naissance, la filiation (le fait d'être fils de), l'écoulement du temps (qui entraîne la prescription).

 Les faits juridiques peuvent également résulter d'un comportement humain. L'attitude du sujet de droit va entraîner des conséquences juridiques, des effets de droit, qu'il n'avait pas spécialement recherchés.

Il existe trois sortes de comportements humains qui peuvent entraîner des conséquences juridiques:

* le délit : fait illicite et intentionnel. C’est le fait de causer intentionnellement un dommage à autrui. Le droit produit des effets de droit indépendamment de la volonté de leur auteur
* le quasi-délit
* le quasi-contrat

 Le délit produit un droit de créance pour la victime. Elle est créancière d'une indemnité de réparations, qu'elle peut demander au responsable, qui en est le débiteur.

 Le quasi-délit c'est un fait non intentionnel et illicite. C'est le fait de causer à autrui un dommage illégitime, par négligence ou imprudence. Il fait naître également, du seul effet de la loi, un droit de créance pour la victime.

 On compte également, parmi les faits juridiques, les quasi-contrats qui sont des faits juridiques volontaires et licites (à ne surtout pas confondre avec le contrat, car à aucun moment il y a rencontre de deux volontés). Il existe quatre quasi-contrats :

* la gestion d’affaire
* le paiement de l’indu
* l’enrichissement sans cause
* la loterie publicitaire

Chapitre IV : La preuve des droits subjectifs

(Question traitée aux articles 1315 à 1369 du Code Civil)

 Pour pouvoir invoquer un droit subjectif, en demander la protection, il faut commencer par démontrer son existence, et établir qu’on en est bien titulaire. Cela revient au même de ne pas avoir un droit subjectif, ou d'en avoir un dont on ne peut pas prouver l'existence.

 Si personne ne conteste l'existence d'un droit subjectif, la preuve de ce droit est inutile.

En revanche, si une personne conteste l'existence d'un droit dont une autre se déclare titulaire, elle exigera que le prétendu titulaire en rapporte la preuve en justice, et dans l'immense majorité des cas, cela se fera devant le juge, à l'occasion d'un procès.

La question de la preuve des droits subjectifs est donc une question essentielle, qui a fait l'objet d'une réforme par une loi du 13 Mars 2000. Il s'agissait, par cette loi, d'adapter le droit de la preuve aux nouvelles technologies, en admettant notamment la preuve sur support électronique (internet, etc.).

Section 1 : Objet et charge de la preuve

Cela revient à se poser deux questions :

* Objet : qu'est ce qu'on doit prouver ?
* Charge : qui doit prouver ?

Paragraphe 1 : L’objet de la preuve (que doit-on prouver ?)

 L'objet de la preuve se limite aux questions de faits. En effet, les partis n'ont pas à établir l'existence ou l'inexistence de la règle de droit car le juge est censé connaître la loi.

Une seule exception : si une partie se prévaut de l’application d’une loi étrangère, il lui appartient de prouver son contenu.

 Les faits qui font l'objet de la preuve sont tous les événements qui ont une portée juridique c'est-à-dire ceux qui, comme les actes ou les faits juridiques, sont de nature à donner naissance à un droit, ou qui justifient le transfert d'un droit. Si je veux prouver devant le juge que je suis titulaire d’un droit subjectif, je vais devoir établir devant ce juge, l’existence de l’acte juridique ou du fait juridique qui a donné naissance à mon droit subjectif. On peut également être amené a prouvé l’acte juridique qui justifie le transfert d’un droit.

La partie qui a la charge de la preuve ne doit prouver que les éléments dont dépendent la solution du litige, c'est-à-dire ce que l'on appelle les « faits pertinents ». Si un évènement n’a aucune incidence sur la solution du litige, peu importe qu’il ne puisse pas être prouvé.

Paragraphe 2 : La charge de la preuve (qui doit prouver ?)

Elle est déterminante surtout lorsqu’en fin de compte, la vérité n’aura pas pu être établie. En effet, dans ce cas, c’est la partie qui devait rapporter la preuve de ses prétentions qui a échoué et qui supportera cet échec : elle perdra le procès. On dit que c’est sur elle que pèse le risque de la preuve ou, à l’inverse, que le doute profite à son adversaire.

 Le principe est énoncé à l'article 1315 du Code Civil, « Actori incumbit probatio » : la preuve incombe au demandeur. On entend par demandeur, toute personne qui formule une prétention nouvelle (ex : si je saisis le juge en prétendant qu’une personne me doit de l’argent, je suis le demandeur initial, je dois donc prouver l’existence de mon droit de créance. Si mon adversaire répond oui mais je l’ai payé, c’est une nouvelle prétention et elle doit donc prouver qu’elle m’a bien payé et si elle n’y arrive pas, elle devra me payer.

 Il existe toutefois des exceptions à ce principe. Parfois c’est la loi qui attribue la charge de la preuve : par exemple, l'article 2268 du Code civil dispose : « La bonne foie est toujours présumée ». Cela signifie que ce n'est pas à celui qui invoque sa bonne foie devant le juge de la prouver, mais à son adversaire de prouver sa mauvaise foie.

 Parfois c'est la jurisprudence qui renverse la charge de la preuve, c'est ce qui a été fait en matière de responsabilité médicale. En effet le médecin a l'obligation d'informer ses patients sur les risques encourus du fait de l'acte qu'il va pratiquer sur lui. Si un incident se produit alors que le patient n'avait pas été informé des risques, il peut poursuivre en responsabilité le médecin pour manquement à son obligation d'information.

Dans ce genre de procès, le demandeur est le patient, donc cela aurait dut être à lui de prouver que le médecin ne l'a pas informé. C'est lui qui devrait prouver au juge qu'il y a bien eut manquement à l'obligation d’information de son médecin : elle prouve ainsi l’existence d’un quasi-délit qui fait naître un droit de créance pour elle.

Sensible aux difficultés de la victime, la jurisprudence a posé une exception à l'article 1315, considérant que c'était au médecin de prouver qu'il avait bien informé le patient de tous les risques, y compris les plus exceptionnels, donc la charge de la preuve pèse sur le défendeur et non pas sur le demandeur.

 Il est également possible par le contrat de prévoir qu’en cas de litige à venir la charge de la preuve ne pèsera pas sur le demandeur mais sur le défendeur.

Section 2 : Les moyens de la preuve

(Moyens de preuves = modes de preuve).

Le Code Civil distingue cinq modes de preuves :

* la preuve littérale ou preuve par écrit
* la preuve testimoniale ou le témoignage
* la présomption
* l'aveu
* le serment

Paragraphe 1 : La preuve littérale

 Avant la loi du 13 mars 2000, on n’avait jamais pris la peine de définir ce qu'était un écrit, on considérer qu’il s’agissait de toute sorte de preuve qui avait pour point commun d’être fixée par écrit sur un support papier. Pour permettre l’admission des écrits électroniques, la loi du 13 Mars 2000 a retenu une définition plus large de la preuve littérale : désormais l’article 1316 du Code Civil dispose que : « La preuve littérale, ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalités de transmission. »

L'article 1316-1 précise qu’il ne faut pas faire de distinction entre l'écrit sur support papier ou sur support électronique dès lors qu’on peut identifier l’auteur de l’écrit électronique et dès lors qu’il est établi et conservé dans des conditions de nature a préservé son intégrité.

 La preuve littérale est une catégorie très large qui réunit tous les moyens de preuve qui ont en commun d’avoir recours à l’écriture au sens large. Il faut tout de suite faire une distinction, toutes les preuves littérales n’ont pas la même valeur aux yeux du juge : ils n’ont pas la même force probante (= même valeur en tant que moyen de preuve). Il faut distinguer deux sous catégories :

* Ce qu'on appelle les écrits préconstitués
* Tous les autres que le Code Civil n'a pu énumérer
1. Les écrits préconstitués

 Pourquoi préconstitués ? Car il s'agit d'écrits spécialement rédigés dans le but de constater un acte juridique ou un fait juridique, et donc d'en rapporter la preuve.

La preuve est préconstituée, car elle est établie avant tout contentieux, tout procès.

Quand on parle d'écrit en droit de la preuve, c'est seulement à ces écrits préconstitués que l'on fait référence.

Il existe deux types d'écrits préconstitués:

* l'acte authentique
* l'acte sous seing privé
1. L’acte authentique
2. Définition de l’acte authentique

 L'acte authentique peut être défini comme l'acte dressé par écrit par un officier public, auquel la loi attribut compétence pour le faire.

L'original de l’acte authentique que l’on appelle minute est conservé par l'officier public, et qui en délivre des copies aux partis. L'acte authentique est assorti de la formule exécutoire, c'est-à-dire d'un ordre du pouvoir exécutif, enjoignant tous les représentants de la force publique, d'assurer l'exécution forcée de l'acte si le débiteur ne s'exécute pas spontanément.

 Il existe différentes catégories d'officier public, qui peuvent prendre des actes authentiques et c'est la loi qui définie la mission de chacun d'entre eux.

Exemple : c'est l'officier de l'État Civil qui a seule compétence pour dresser les actes de l'État Civil comme l’acte de décès ou l’acte de naissance. Les huissiers sont également des officiers publics, auxquels la loi donne la possibilité dans le cadre de leur mission, de dresser les actes authentiques.

 Enfin, les notaires sont également des officiers publics, qui jouent un rôle particulièrement important, car la loi leur accorde le monopole pour conférer l'authenticité à des actes faits par des particuliers et notamment au contrat.

Pour certains contrats, comme la donation, la forme notariée est obligatoire. Ici, c'est plus une question de preuve, c'est une question de validité. Les actes authentiques sont traditionnellement soumis à de nombreuses formalités.

Exemple : Pour un acte notarié soit valable, la loi exige qu'il passe devant le notaire sous forme d’un acte authentique ce qui facilitera la preuve. Si l’acte ne mentionne pas la signature du notaire, cet écrit n’est pas un acte authentique mais il pourra être considéré comme un acte sous seing privé s’il est signé par les deux parties.

 Depuis la réforme du 13 Mars 2000, l’acte authentique peut, selon l’article 1317 alinéa 2, être dressé sur un support électronique

Il a donc une force probante très importante.

1. La force probante de l’acte authentique

L'acte authentique bénéficie de la plus grande force probante parce qu’on n’imagine pas remettre en cause ce qui a pu être dit par l’officier public, puisqu'ils font foi (ils sont sensé dire la vérité) jusqu'à inscription en faux. Seules les mentions qui ont été constatées par l’officier public bénéficient d’une force probante importante. Cela signifie que ceux qui en conteste l’exactitude ne peuvent le faire qu’en engageant la procédure d’inscription en faux prévue aux articles 303 et suivants du Code de procédure Civile.

Cette force probante n'est pas attachée à toutes les mentions de l'acte authentique. Cette force probante ne concerne que les mentions de l'acte que l'officier public a put directement constater.

En revanche, si l’acte fait simplement état de déclaration des parties (ex : les parties déclarent devant l’officier que le prix a déjà été payé sans que le notaire ait pu vérifier ces déclarations), dans ces cas-là ces dispositions de l’acte n’ont pas la même force probante, elles ne font foi que jusqu’à preuve contraire.

1. L’acte sous seing privé
2. Définition

L'acte sous seing privé est rédigé par les parties elles-mêmes, où leurs représentants.

Il n'est soumis à aucun formalisme, et les parties jouissent donc d'une liberté totale (là encore c'est une différence avec l'acte authentique).

La seule exigence est la présence de la signature de l'autre ou des auteurs de l'acte.

La signature a une double fonction:

* elle permet d'identifier l'auteur de l'acte
* elle permet de déduire l'adhésion totale de son auteur au contenu de l'acte.

La loi du 13 Mars 2000 a, pour la première fois, pour pouvoir admettre l’existence d’acte sous seing privé sous forme électronique, définie la notion de signature, et en a profité pour définir une définition beaucoup plus large que celle que retenait auparavant celle de la jurisprudence.

C'est l'article 1316-4 du Code Civil qui donne la définition de la signature. « La signature, nécessaire à la perfection d'un acte juridique, identifie celui qui la pose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification, garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature est créée, l'identité du signataire assurée, et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d' État. »

C'est un décret du 30 mars 2001 qui énonce à quelles conditions la signature électronique peut être considérée comme sécurisée.

Le résultat est qu’aujourd'hui, grâce à cette nouvelle définition de la signature; l'acte sous seing privé peut être établi sur support papier, ou sur support électronique. En résumé, pour qu’il y ait acte sous seing privé, il faut qu’il y ait la signature de l’auteur de l’acte mais surtout celle de la personne à laquelle on oppose l’acte.

Il existe deux hypothèses particulières dans lesquelles la signature n'est pas suffisante, il faut en plus, pour que l'écrit ait la valeur d'un acte sous seing privé, qu'une autre formalité soit respectée:

* La première hypothèse concerne les contrats synallagmatiques (qui sont les contrats par lesquels chaque parties est à la fois créancier et débiteur de l'autre), c'est à dire les contrats qui comme la vente, créent des obligations réciproques entre les parties. L'article 1325 du Code Civil exige en plus de la signature de leurs auteurs, qu'ils soient rédigés en autant d'originaux qu'il n'y a d'intérêts distincts, et que chaque exemplaire porte la mention du nombre total d'originaux établis. Le but, c'est que dans ce type de contrat, chacun étant à la fois créancier et débiteur de l'autre, chacun doit pouvoir rapporter la preuve de ses droits en cas de difficulté.

La jurisprudence accepte que l'acte ne soit rédigé qu'en un seul exemplaire, s'il est déposé entre les mains d'un tiers, qui pourra le produire à la demande de l'une ou de l'autre des parties. Si le droit qu’il faut prouver résulte d’un contrat synallagmatique, et si la formalité n'est pas accomplie, l'écrit qui serait rédigé en un seul exemplaire, n'est pas un acte sous seing privé, mais il peut toutefois constituer un "commencement de preuve par écrit".

- La seconde hypothèse concerne les promesses unilatérales de sommes d'argent ou de livraison de biens fongibles (acte par lequel une seule personne s'engage à verser à une autre, un somme d'argent ou des biens qui se consomment). Exemple : reconnaissance de dette

L'article 1326 du Code Civil exige que celui qui souscrit l'engagement, en plus de sa signature, porte sur l'acte la mention de la somme ou de la quantité si ce sont des biens fongibles, en toute lettre et en chiffre. Si l'écrit ne comporte pas cette mention, il ne vaut pas acte sous seing privé, mais pourra valoir éventuellement commencement de preuve par écrit.

1. La force probante de l'acte sous seing privé

 L'acte sous seing privé a une force probante inférieure à l'acte authentique.

Tout d'abord, il ne fait pas foi de son origine. Cela signifie que la personne à qui on l'oppose peut affirmer ne pas en être l'auteur. Dans ce cas, si elle désavoue sa signature ou son écriture, c'est à son adversaire de faire procéder à une vérification d'écriture.

En revanche, une fois vérifiée, l'écrit à la même force probante qu'un acte authentique.

Sur le contenu de l'acte, l'acte sous seing privé fait foi jusqu'à preuve contraire. On peut donc toujours contester les faits que relate l'acte sous seing privé, à condition d'en rapporter la preuve contraire. On ne peut rapporter la preuve contraire que par un écrit préconstitué, un aveu ou un serment.

La date de l'acte sous seing privé fait foi entre les parties jusqu'à preuve contraire. En revanche, elle ne fait pas foi à l'égard des tiers, il s’agit d’éviter que les parties à l’acte ne se mettent d’accord pour frauder les droits d’un tiers.

Le seul moyen de donner à l’acte sous seing privé une date incontestable est de suivre les procédés énumérés par l'article 1328 du Code Civil : il faut que l’acte face l’objet d’un enregistrement ou qu’il soit constater par un officier public ou encore, si l’une des parties à l’acte meurt, la date du décès sera considérée comme une date certaine de l’acte.

 L'acte sous seing privé sur support électronique et celui sur support papier ont la même force probante (cf. article 1316-3 du Code Civil).

1. Les autres actes écrits

 Les autres écrits ont en commun avec les actes authentiques et les actes sous seing privé qu’ils utilisent l’écrit au sens large mais d’une part ils n’ont pas été écrits pour servir de preuve et d’autre part, ils ne présentent pas les caractéristiques propres aux autres actes.

Le Code civil fait ainsi référence au registre et papiers domestiques. Mais il peut s'agir de tout autre écrit, comme une lettre missive ou de tous autres écrits comme les mails ou SMS etc. même s’ils n’ont pas été rédigés en vue de prouver, ils peuvent être utilisés à cette fin mais la seule exigence est qu’ils doivent émaner de la personne à qui on l’oppose.

 L’autre différence est que, dès lors qu’ils ne sont ni un acte authentique ni un acte sous seing privé, leur force probante n'est pas définie par la loi ; c’est donc le juge qui va apprécier librement selon son intime conviction la force probante qu’il convient de leur donner.

Exemple : Une lettre a put être considérée comme un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'elle reconnaissait un droit contesté, comme un aveu extra judiciaire. Ou encore, les juges ont put considérer qu'une simple lettre ne pouvait constituer qu'un indice sur lequel le juge va former une présomption.

Paragraphe 2 : La preuve testimoniale

1. Définition

 Le témoignage est une déclaration faite par une personne, sur des faits dont elle a eut personnellement connaissance. Ce peut être des faits qu'elle a elle-même vécu, ou qu'une personne déterminée à relater en sa présence.

 Le témoignage peut s'effectuer de manière orale, au cours de l’audience, ou de manière écrite, par attestation.

Pendant longtemps, ce mode de preuve a été privilégié. Mais peu à peu, il a été écarté en raison de son imprécision.

Il y a toutefois des litiges dans lesquels le témoignage reste un mode de preuve très important, comme par exemple en matière familiale et en matière de divorce.

1. La force probante du témoignage

 Sa force probante n'est pas déterminée par la loi.

Lorsque ce mode de preuve est admis, c'est le juge qui apprécie au cas par cas sa force probante. Le juge peut ainsi former sa conviction lorsque ce mode de preuve est admissible sur la base d’un seul témoignage ou, à l’inverse, il ne peut être convaincu par aucun des témoignages qui seront produits devant lui.

Paragraphe 3 : La preuve par présomption

1. Définition

 Il s'agit des présomptions prévues à l'article 1349 du Code civil, qui les définie comme « Les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

Il existe donc bien deux types de présomptions :

* Des présomptions légales (c'est la loi qui les pose)
* Des présomptions du fait de l'Homme, appelées aussi présomptions judiciaires.

 Dans les deux cas, il s'agit, d'une fois un fait prouvé, d'en déduire l'existence d'un autre fait. On dit qu'il y a déplacement de l'objet de la preuve (ex : une fois les traces de freinages établies, on peut déduire un fait inconnu c'est-à-dire la vitesse du véhicule)

 Les présomptions légales peuvent être simples ou irréfragables.

Elles sont simples quand on peut prouver le contraire. C'est le cas par exemple de celles énoncées par la loi, à l'article 312 du code civil qui énonce que l'enfant d’une femme marié est présumé avoir été conçu par le mari de celle-ci. Mais c'est une présomption simple, le mari peut contester sa paternité en apportant la preuve contraire.

Les présomptions légales sont irréfragables quand il est impossible d'apporter la preuve contraire. Ces présomptions sont énoncées à l’article 1350 du Code Civil.

 Les présomptions judiciaires elles, sont toujours des présomptions simples et donc il est toujours possible d'en rapporter la preuve contraire. Les indices, c'est à dire les faits connus, dont le juge peut par présomption un fait inconnu sont innombrables. Il faut juste que les parties aient été en mesure de discuter car le fait de départ, l'indice de départ que l'on considère comme connu doit être établi et non contesté.

1. La force probante de ces présomptions

Les présomptions légales, irréfragables lient les juges.

 Les présomptions légales simples sont censées refléter la vérité tant que la preuve contraire n'a pas été rapportée.

 Enfin pour les présomptions judiciaires c'est le juge qui apprécie en toute liberté et dans son intime conviction, comme pour les témoignages, la force probante qu'il convient de leur attribuer. Si ce mode de preuve est admis, un seul indice peut lui sembler suffisant pour former sa conviction, ou il peut se décider sur la base de plusieurs indices corroborés par des témoignages.

Paragraphe 4 : L’aveu

On l'appelait autrefois la reine des preuves mais aujourd'hui sa place à moins d'importance.

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

La force de l'aveu tient du principe que l'homme n'est pas censé mentir lorsqu'il parle à l'encontre de ces propres intérêts.

On distingue deux types d'aveu qui n'ont pas la même force probante :

* L'aveu judiciaire
* L’aveu extra judiciaire
1. L’aveu judiciaire

 (Prévu à l'article 1356 du Code civil).

L'aveu est judiciaire lorsqu'il est fait en justice, devant le juge. Dans ce cas, l'aveu est irrévocable et indivisible, cela signifie qu’on ne peut revenir sur ce que l’on a dit et qu'il doit toujours être pris dans son entier.

Exemple : Si A avoue être débiteur de B, et qu'il ajoute immédiatement qu'il a payé sa dette, B ne peut pas diviser l'aveu de A en ne retenant que la première partie.

L'aveu judiciaire compte au nombre des preuves que l’on appelle parfaite car, en présence d’un aveu judiciaire, le juge est lié, il ne décide pas en fonction de son intime conviction, il est obligé de tenir ce qui a été avoué comme vrai.

1. L’aveu extra judiciaire

 (Prévu à l'article 1355 du Code civil).

C'est l'aveu qui intervient hors la présence du juge.

Il peut être contenu dans tout document écrit, émanent d'une des parties et dont le juge viendrait à prendre connaissance, comme par exemple une lettre missive.

L'aveu extra judiciaire n'a pas la même force probante que l'aveu judiciaire, il ne lie pas le juge (il ne fait pas partie des preuves parfaites) qui, comme pour le témoignage ou les présomptions, est libre de déterminer le crédit qu’il convient d’accorder à cet aveu.

Paragraphe 5 : Le serment

 (Articles 1357 et suivants du Code civil).

 Le serment est l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable. Ici, à la différence de la preuve, on choisit de croire la personne à son bénéfice.

Exemple : Une personne jure qu'elle n'a pas de dettes.

L'admission d'un tel mode de preuve peut surprendre de nos jours mais pendant longtemps on a pu présumer que l'auteur du serment disait la vérité en raison du sentiment religieux qui pouvait lui faire craindre de mentir devant Dieu ou en raison de son sens de l'honneur qui pouvait lui faire craindre de perdre la face en cas de faux serment.

Aujourd'hui, un tel mode de preuve peut sembler naïf, il reste tout de même qu'en cas de faux serment son auteur s'expose à des sanctions pénales.

Le serment est toutefois un mode de preuve utilisé en dernier recours, et là encore il faut désigner deux types de serment :

* Le serment décisoire
* Le serment supplétoire
1. Le serment décisoire

 (Articles 1358 et suivants du Code Civil)

Il s'agit du serment déféré par l'un des plaideurs à son adversaire, en d'autre mot, son adversaire demande de jurer que ce qu'il dit est vrai.

Trois attitudes sont possibles:

* Soit il prête serment et il gagne son procès.
* Soit il ne prête pas serment et il demande à son adversaire de prêté lui-même serment de la réalité de sa prétention, si l'adversaire jure, l'autre perd son procès.
* Ou alors il refuse directement de prêter serment et il perd son procès.

La force probante du serment décisoire est absolue, le juge est lié et doit donner raison à celui qui a prêté serment : c’est également une preuve parfaite.

1. Le serment supplétoire

 C'est le juge qui demande à une partie de prêter serment de la réalité de sa prétention lorsqu'il estime que les éléments de preuve rapportés par les parties ne sont pas suffisants pour remporter son intime conviction.

Le juge ne peut avoir recours à ce type de serment qu'à titre complémentaire. Il doit donc déjà exister un rudiment de preuves qu'il convient de compléter.

Le serment supplétoire ne lie pas le juge, c'est lui qui décide en fonction de son intime conviction la force probante qu'il convient de lui donner.

Section 3 : L’admissibilité des différents moyens de preuves

 Peut-on, quelque soit le litige, avoir recours à l’un quelconque de ces modes de preuves. La réponse à cette question dépend du système de preuve reconnu.

Il existe en effet deux systèmes de preuves :

 - Le système de la preuve morale

 - Le système de la preuve légale

 Dans un système de preuve morale, la preuve est libre. Cela signifie deux choses:

* Tous les modes de preuve sont admissibles cela signifie que le plaideur peut prouver par n’importe quel mode de preuve.
* C'est le juge est également libre dans l’appréciation de la force probante, qu’il convient de reconnaître à ces moyens de preuves.

Il n'y a donc pas de hiérarchie entre les moyens de preuve. C'est le juge qui décide, en fonction de son intime conviction, de la force probante qu'il convient de leur accorder.

 Dans un système de preuve légale, c'est la loi qui détermine les modes de preuve qui peuvent être produits, qui sont admissibles. Elle fixe donc une hiérarchie entre les modes de preuve. C'est également la loi qui fixe de manière impérative la force probante des différents moyens de preuve, et le juge se doit de respecter cette loi, et donc cette force probante.

Paragraphe 1 : Les matières soumises au système de la preuve morale

1. En matière pénale

 En matière pénale, le principe est celui de la liberté de la preuve. Le juge apprécie librement la force probante des moyens de preuve qui lui sont soumis. Il va juger en fonction de son intime conviction.

Le choix des procédés de preuve n'est pas tout de même totalement libre. Par exemple, en matière pénale, le serment décisoire est exclu.

Et surtout il existe, comme en matière civile, un principe général de loyauté dans l'administration de la preuve, qui interdit le recours, en France, à certains procédés (comme le sérum de vérité, ou le détecteur de mensonges).

1. En matière commerciale

 Les besoins de souplesse et de rapidité propres à l'activité commerciale, ont conduit à retenir le système de la preuve morale.

En matière commerciale, la preuve est libre (article 109 du Code du Commerce). Et donc, dans un procès entre commerçants, les actes juridiques comme les faits juridiques, peuvent être prouvés par tout moyen.

Et c'est le juge qui décide seul de la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis, sans avoir à respecter une hiérarchie entre les différents modes de preuve.

 Pour les actes mixtes, c'est à dire les actes passés entre un commerçant et un non-commerçant, la liberté des preuves ne joue qu'à l'encontre de la partie à l'égard de laquelle l'opération est commerciale, c'est à dire à l'encontre du commerçant.

Par exemple, une vente se conclu entre un particulier (l'acheteur), et un commerçant (le vendeur), le contrat peut être prouvé librement.

En revanche, si c'est le vendeur qui agit contre l'acheteur, ce sont les règles de droit civil qui s'appliquent.

1. En matière administrative

Devant les juridictions administratives, tous les modes de preuves sont admis, et le juge apprécie en fonction de son intime conviction, la force probante qu'il convient de leur accorder.

Paragraphe 2 : La preuve en matière civile : un système mixte

Le système de preuve retenue en matière civile est mixte à deux égards :

* Tout d'abord, au regard de la détermination de la force probante reconnue aux moyens de preuves.

On l'a vu, certains voient leur force probante déterminée par la loi (les écrits préconstitués, l'aveu judiciaire et le serment décisoire) : on les appelle les preuves parfaites.

Les autres moyens de preuve (témoignages, présomptions, aveu extra judiciaire et serment supplétoire) voient leur force probante fixée par le juge en fonction de son intime conviction : ce sont les preuves imparfaites.

* Il est également mixte au regard de l'admissibilité des moyens de preuve.

En effet, pour les faits juridiques, la preuve peut être faite par tout moyen, alors que pour les actes juridiques (essentiellement le contrat), un mode de preuve est imposé par la loi : l’écrit préconstitué.

1. La preuve des faits juridiques

 Les faits juridiques sont soumis à un régime spécifique, puisqu'ils peuvent être prouvés par tout moyen en droit civil.

Il faut toutefois que le procédé respecte le principe de loyauté de la preuve.

Exemple : Le juge pourra écarter, s'il porte atteinte au respect de la vie privée, ou s'il entraîne la violation du secret médical ou d'un secret professionnel.

 L'importance de certains faits juridiques a parfois conduit le législateur à écarter le principe de la liberté de la preuve.

Exemple : La naissance ou le décès qui peuvent avoir des conséquences importantes doivent obligatoirement être prouvés au moyen d'actes de l'État civil c'est-à-dire d’un acte authentique.

Attention : la liberté de la preuve en droit civil pour les faits juridiques est moins grande toutefois que dans un système de preuve morale (comme en matière commerciale par exemple, car la liberté est à deux niveaux) puisqu’elle ne joue que pour le choix du mode de preuve mais pas pour la détermination de leur force probante. En matière civile, le juge est toujours lié, même pour la preuve d’un fait juridique, par les preuves parfaites.

1. La preuve des actes juridiques

Pour la preuve des actes juridiques, l'article 1341 du Code civil pose un principe selon lequel un seul mode de preuve est admissible, mais ce principe connaît quelques exceptions.

1. Le principe

Le principe relatif à la preuve des actes juridiques en matière civile est posé par l'article 1341 du Code civil qui exige que la preuve de l'acte juridique se fasse par écrit, et interdit de prouver outre ou contre un écrit par témoignage.

Il n'y a donc pas véritablement un principe, mais deux principes posés à cet article.

1. Obligation de prouver un acte juridique par un écrit

L'article 1341 impose que la preuve de tout acte juridique se fasse par un écrit, lorsque l'acte juridique porte sur une somme excédant un seuil fixé par décret. L’écrit exigé par l’article 1341 n’est pas n’importe quelle preuve littérale, il s’agit uniquement d’un écrit préconstitué c'est-à-dire acte authentique ou acte sous seing privé. Le seuil d’exigence d’un écrit à été fixé par un décret en date du 24 août 2004 à 1500 euros.

Si l'acte juridique porte sur une somme inférieure, sa preuve peut être apportée par tout moyen.

En revanche, si l'acte juridique porte sur une somme supérieure à 1500€, la preuve de l’acte juridique doit être obligatoirement apportée au moyen d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé.

Ici, l’écrit n’est pas exigé comme condition de validité de l’acte juridique, il n’est pas exigé « ad-validitaten », mais seulement « ad-probationen » c'est-à-dire que, même s’il n’est pas rédigé par écrit, l’acte est, par principe, valable. Si l’acte juridique porte sur une somme supérieure à 1500€, il sera valable mais ne pourra pas être exécuté faute de pouvoir être prouvé.

Exemple : un contrat est valable même s’il n’a pas été passé par écrit.

1. Interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu d’un écrit.

 Prouver contre un écrit, c'est prouver que l'une de ses dispositions de l’écrit est inexacte.

 Prouver outre un écrit, c'est prouver qu'une disposition a été omise.

Cela signifie que pour prouver outre ou contre un écrit, on ne peut avoir recours ni au témoignage, ni aux présomptions judiciaires qui ont été assimilées au témoignage. La loi établie donc une hiérarchie entre les écrits d'une part, et les témoignages et présomptions judiciaires d'autre part.

En revanche, elle ne mentionne ni l'aveu ni le serment et certains auteurs en déduisent que l'on peut prouver outre ou contre un écrit par aveu ou par serment.

Cela veut dire que si l'on conteste le contenu d'un écrit préconstitué, ou si l'on prétend qu'une disposition a été omise, on ne peut prouver la vérité de ses prétentions qu'en invoquant un autre écrit; l'aveu ou le serment.

Ces deux principes montrent la place particulière que le Code civil a réservée à l'écrit préconstitué, puisque c'est le seul mode de preuve admissible que la loi admet pour la preuve des actes juridiques.

1. Les limites au principe de l’exigence à l’écrit
* Tout d'abord, la règle de l'article 1341 n'a pas à être appliquée lorsque l'acte intervient dans un domaine ou la preuve est libre.

Exemple : Un acte qui intervient entre deux commerçants, ou encore en matière civil un acte inférieur à 1500 euros. Dans ces cas là, la règle de l'article 1341 ne s'applique pas.

* La règle de l'article 1341 du Code civil n'est qu'une règle supplétive. Cela veut dire que les parties peuvent toujours s'entendrent pour l'écarter.

Exemple : on conclut un contrat, et dans celui ci, on précise qu'en cas de litige, cet article ne s'applique pas, et on convient que le contenu du contrat pourra se prouver par tout moyen.

 - La troisième exception est prévue à l'article 1347 du Code civil.

Cet article dispose en effet que par exception à l'article 1341, un acte juridique peut être prouvé par témoignage ou présomption lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Un commencement de preuve par écrit est, selon l'article 1347 du Code civil, un document écrit qui émane de la personne contre qui la demande est formée, et qui rend vraisemblables les faits allégués. Ce peut être un écrit quelconque, signé ou non, et pas nécessairement rédigé dans le but de servir d'élément de preuve.

Exemple : ce peut être une lettre missive.

En fait c'est un écrit qui ne peut pas être qualifié d'acte authentique ou d'acte sous seing privé, mais qui tend à démontrer que ce que prétend l’adversaire est vrai.

La jurisprudence n'hésite pas parfois à retenir une interprétation large, extensible, de la notion de commencement de preuve par écrit. Elle a ainsi considéré qu’un simple projet d'acte pouvait être considéré comme un commencement de preuve par écrit. De plus, une loi du 9 juillet 1975 a également étendu cette notion, en admettant que soit considéré comme commencement de preuve par écrit, les déclarations faites par une personne lors d'une comparution personnelle (comparution devant le juge), et même son refus de répondre ou son absence de comparution.

Si un acte juridique ne peut pas être prouvé par un écrit préconstitué, mais qu'il existe un commencement de preuve par écrit, alors la partie qui produit le commencement de preuve par écrit est autorisée, par l’article 1347, à avoir recours aux témoignages et aux présomptions pour compléter sa preuve.

Attention, cela signifie que le commencement de preuve par écrit n'est pas à lui seul une preuve suffisante. Il doit obligatoirement être complété par témoignage ou présomption. Si c’est le cas, il peut donc suppléer l'absence de preuves écrites.

* La quatrième exception est prévue à l'article 1348 alinéa 1 qui dispose que l'exigence d'un écrit est écartée lorsqu'on est dans l'impossibilité de se procurer un écrit.

L'impossibilité dans laquelle se trouve la partie de se procurer un écrit peut être initiale (c'est à dire exister dès le départ), lorsque dès le départ l'acte authentique ou l'acte sous seing privé n'a jamais put être dressé, ou ultérieur, ou lorsqu'il a été dressé mais qu'il a été perdu à la suite d'un événement de force majeure.

Un événement de force majeur est un événement en droit imprévisible, irrésistible (= insurmontable) et extérieur à la personne c'est-à-dire que cet évènement ne doit pas trouver sa cause dans le comportement de celui qui l’invoque.

L'impossibilité peut être matérielle, mais également aussi morale, et là c'est le cas par exemple lorsqu'il existe entre les parties à l'acte juridique des relations de famille, d'amitié ou d'affection, qui rendent difficile l'exigence de la rédaction d'un écrit.

Dans tous les cas, c'est le juge qui apprécie souverainement la réalité de l'impossibilité (pouvoir souverain=pouvoir qui ne peut être discuté).

La jurisprudence a par exemple admis qu'entre concubins par exemple, cette impossibilité est normale.

En cas de telles impossibilités, il est possible de prouver un acte juridique en ayant recours aux témoignages et aux présomptions.

 - Il reste enfin à envisager la place particulière des copies d'acte authentiques.

L'article 1335 du Code civil pose le principe que certaines copies d'actes authentiques remplissant certaines conditions (être signées par l’officier public par exemple), ont la même foi que l'acte original.

Pour les autres, comme les copies d'actes sous seing privé, le principe est qu'il est toujours possible de les produire, mais uniquement si la partie est en mesure de produire l'original à la demande de son adversaire.

En effet, pendant longtemps, on a considéré que la copie d'acte sous seing privé, n'avait aucune force probante autonome.

S'il est vrai qu'à l'époque du Code civil, le seul moyen de faire une copie était de recopier l'acte à la main. Avec l’évolution des techniques de reproduction de document (papier, carbone, fax, photocopie etc.), on s’est demandé si on ne pouvait pas donner un peu de crédit aux copies d’acte sous seing privé alors que l’original avait disparu.

C’est la jurisprudence qui a commencé à admettre ce principe en admettant qu'une copie d'acte sous seing privé puisse au moins valoir commencement de preuve par écrit.

Puis une loi du 12 juillet 1980 a modifié l'article 1348 alinéa 2 du Code civil, pour reconnaître à certaines copies une force probante autonome. Il s'agit des copies qui sont, selon cet article, la reproduction « non seulement fidèle, mais aussi durable de l'original ». De telles copies peuvent servir de moyen de preuves quand l’original a disparu.

Il existe encore une discussion sur la valeur probante de ces copies fidèles et durables.

* Les copies ont valeur d’un commencement de preuve par écrit. Mais quel est l’intérêt de cette réforme ?
* Certains souhaiteraient qu'elles aient la même force probante que l'original. Cette analyse est critiquable : cette disposition est située dans la liste des exceptions, quelques soient les modes de reproduction, il vaut mieux faire primer les originaux.
* D'autres considèrent enfin que la copie fidèle et durable à une force probante supérieure au commencement de preuve par écrit car elle n'a pas à être complétée, mais une force probante plus basse que l’original puisqu’on peut en apporter la preuve contraire par tout moyen. Cette solution est celle préconisée par la plupart des auteurs.

La loi du 13 mars 2000 a relancé le débat, car avant elle, l'argument qui permettait de refuser l'assimilation de la copie à l'original de l'acte sous seing privé, était qu'une signature était obligatoirement manuscrite et originale.

La nouvelle définition de la signature, beaucoup plus large, le débat est relancé.