

**Valérie LADEGAILLERIE**

**INTRODUCTION AU DROIT**

Abbréviations –

CE – Conseil d'Etat      TC – Tribunal des Conflits      CC – Conseil constitutionnel  
CAA – Cour administrative d'appel      TA – Tribunal administratif  
SPA – service public administratif      EPA – établissement public administratif  
SPIC – service public industriel et commercial      EPIC – établissement public industriel et commercial

© Valérie LADEGAILLERIE  
ISBN 978-2-492428-08-1

© Cette œuvre est protégée par le Code de la propriété intellectuelle selon la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1992.  
Manuscrit déposé pour protection juridique.  
Citations autorisées avec la mention de l'auteur et [www.anaxagora.net](http://www.anaxagora.net)

**Valérie LADEGAILLERIE**

Honorariat Légion étrangère - caporal-chef

*Docteur ès Droit, Docteur ès Science Politique, Docteur ès Philosophie  
Directeur département Droit, Sciences politiques, Stratégie militaire  
Institut Européen de Recherche Sociétale et Stratégique*

## **INTRODUCTION**

Cette recherche s'inscrit dans une démarche utilitaire –

- elle se veut un véritable instrument d'étude pratique, élaborée sous forme de plan détaillé, elle fait apparaître les définitions des termes juridiques, les principaux principes et exceptions, les notions fondamentales... ainsi que de nombreuses classifications permettant une appréhension facilitée du droit
- bien que visant plus particulièrement les étudiants de droit, elle s'adresse à tout néophyte, à tout curieux de connaissances juridiques et aux étudiants qui désirent réviser – ce qui explique sa conception sous forme de notes – les fondamentaux, à savoir tout ce qui est nécessaire de connaître sur un sujet de droit déterminé.

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### PREMIERE PARTIE LE DROIT OBJECTIF

##### I. LA NATURE DU DROIT OBJECTIF

###### I.1 EXPOSE DES DIFFERENTES DOCTRINES

###### A - EVOLUTION DE LA DOCTRINE

a - La théorie positiviste

b - La critique du privatisme

###### B - FONCTION DE LA DOCTRINE

###### C - EXISTENCE DE MODELES ETRANGERS DIFFERENTS

###### I.2 LA REGLE DE DROIT

###### A - LA SPECIFICITE DE LA REGLE DE DROIT

*LA CONTRAINTE ETATIQUE : LE CRITERE DE LA NORME JURIDIQUE*

###### A/1. TYPOLOGIE DES SANCTIONS

###### A/2. LA PROCEDURE DES SANCTIONS

*RELATIONS ENTRE NOTIONS DE DROIT, MORALE, JUSTICE ET EQUITE*

###### A/1. LE DROIT ET LA MORALE

###### A/2. LE DROIT ET LA JUSTICE

###### A/3. LE DROIT ET L'EQUITE

###### B - LA FINALITE DE LA REGLE DE DROIT

###### B/1. LES FINALITES PARTICULIERES : LA SECURITE ET LA STABILITE

###### B/2. LES FINALITES COLLECTIVES

###### C - LA SPECIALISATION DE LA REGLE DE DROIT

###### C/1. LA CLASSIFICATION FONDAMENTALE : DROIT PRIVE ET DROIT PUBLIC

###### C/2. LA PUBLICISATION DU DROIT PRIVE ET LA PRIVATISATION DU DROIT PUBLIC

###### C/3. EXISTENCE D'UN DROIT MIXTE

###### C/4. AUTRE CLASSIFICATION : DROIT REGULATEUR ET DROIT PROFESSIONNEL

##### II. LES SOURCES DU DROIT OBJECTIF

###### II.1 LA LOI ET LE REGLEMENT

###### II.1.1 LES CARACTERISTIQUES DE LA LOI ET DU REGLEMENT

###### A - LES CARACTERISTIQUES COMMUNES DE LA LOI ET DU REGLEMENT

###### B - LES CARACTERISTIQUES PROPRES

*LE DOMAINE DE LA LOI ET LE DOMAINE DU REGLEMENT*

###### B/1. LES PROCEDURES

###### B/2. LA HIERARCHIE DES LOIS ET DES REGLEMENTS

###### B/3. LES ORGANES DE CONTROLE

###### II.1.2 LES CONFLITS DE LOIS OU DE REGLEMENTS

###### A - LES CONFLITS DANS LE TEMPS

###### B - LES CONFLITS DANS L'ESPACE

###### B/1. LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANÇAISE ET LA LOI ETRANGERE

###### B/2. LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANÇAISE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE

ORIGINAIRE

###### II.2 LA JUSTICE ET LA JURISPRUDENCE

###### A - DIFFERENTS MODES DE SOLUTIONS

###### B - LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

###### C - LES DECISIONS JUDICIAIRES

###### II.3 LA COUTUME

###### A - ELEMENTS ET CARACTERES CONSTITUTIFS

###### B - L'AUTORITE DE LA COUTUME

## **DEUXIEME PARTIE                    LE DROIT SUBJECTIF**

### **I.            LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF**

*I.1.    LES PREROGATIVES JURIDIQUES*

*I.2.    LA PERSONNALITE JURIDIQUE*

I.2.1 LA PERSONNALITE JURIDIQUE DES PERSONNES PHYSIQUES

A - L'EXISTENCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

A/1. LA NAISSANCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

A/2. LE TERME DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

B - L'ETAT ET LA CAPACITE DES PERSONNES

I.2.2 LA PERSONNALITE JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES

A - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA PERSONNALITE MORALE

A/1. RECONNAISSANCE PAR LE LEGISLATEUR

A/2. RECONNAISSANCE PAR LA DOCTRINE

B - LE REGIME JURIDIQUE DE LA PERSONNE MORALE

### **II.          LE REGIME DES DROITS SUBJECTIFS**

*II.1    CLASSIFICATIONS*

A - LES DROITS PATRIMONIAUX ET LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

A/1. LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX

A/2. LES DROITS PATRIMONIAUX

B - LES DROITS PERSONNELS ET LES DROITS REELS

B/1. LES DROITS PERSONNELS

B/2. LES DROITS REELS

B/3. LES DROITS TANTOT REELS, TANTOT PERSONNELS

C - LES DROITS DE PROPRIETE INCORPORELLE

D - LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES : LA CLASSIFICATION FONDAMENTALE

D/1. EVOLUTION DE LA CLASSIFICATION

D/2. TYPOLOGIE DES IMMEUBLES

D/3. TYPOLOGIE DES MEUBLES

E - LES CHOSES APPROPRIEES ET LES CHOSES NON APPROPRIEES

F - LES CHOSES CORPORELLES ET LES CHOSES INCORPORELLES

G - LES CHOSES FONGIBLES ET LES CHOSES CERTAINES

H - LES CHOSES CONSOMPTIBLES ET LES CHOSES NON CONSOMPTIBLES

I - LES CHOSES FRUGIFERES ET LES CHOSES NON FRUGIFERES

*II.2    LES SOURCES DES DROITS SUBJECTIFS*

II.2.1 LES ACTES JURIDIQUES

A - DIVERSES CLASSIFICATIONS

A/1. LES ACTES MULTILATERAUX ET LES ACTES UNILATERAUX

A/2. LES ACTES CONSERVATOIRES, LES ACTES D'ADMINISTRATION, LES ACTES DE DISPOSITION

A/3. LES ACTES A TITRE ONEREUX, LES ACTES A TITRE GRATUIT

B - LE FONDEMENT DES ACTES JURIDIQUES

B/1. L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT

B/2. LA RELATIVITE DES ACTES JURIDIQUES

C - LES MODALITES DES ACTES JURIDIQUES

II.2.2 LES FAITS JURIDIQUES

A - LES FAITS NATURELS

A/1. LES FAITS BIOLOGIQUES

A/2. LES FAITS PHYSIQUES

B - LES FAITS DE L'HOMME

B/1. LES FAITS GENERATEURS DE DROITS

B/2. LES FAITS GENERATEURS D'OBLIGATIONS

- II.3 LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS*
- II.3.1 LA CHARGE DE LA PREUVE
  - A - L'ATTRIBUTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN JUSTICE
  - B - LA DISPENSE DE LA CHARGE DE LA PREUVE
  - B/1 LES PRESOMPTIONS SIMPLES
  - B/2. LES PRESOMPTIONS IRREFRAGABLES
- II.3.2 LES MOYENS DE PREUVE
  - A - LA PREUVE PAR ECRIT
    - A/1. LES ACTES AUTHENTIQUES
    - A/2. LES ACTES SOUS SEING PRIVE
    - A/3. LES ACTES ELECTRONIQUES
  - B - LA PREUVE PAR TEMOINS
    - B/1. LA PROCEDURE DU TEMOIGNAGE
    - B/2. LA RECEVABILITE DU TEMOIGNAGE
  - C - LA PREUVE PAR PRESOMPTIONS
  - D - LA PREUVE PAR AVEU
    - D/1. L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE
    - D/2. L'AVEU JUDICIAIRE
  - E - LA PREUVE PAR SERMENT

## **BIBLIOGRAPHIE**





## PROBLEMATIQUE –

### **Qu'est ce que le droit ?**

*"Le droit est l'ensemble des conditions par lesquelles l'arbitre d'un tout à chacun peut coexister avec l'arbitre de tout autre selon une loi universelle de liberté." Kant*

De facto, le terme droit du latin *directum* connaît deux acceptions et désigne –

× soit un corps de règles gouvernant les rapports des hommes en société : **le droit objectif**

× soit les prérogatives que les particuliers possèdent sur certains biens ou à l'égard de certaines personnes : **le droit subjectif**

## PREMIERE PARTIE

### LE DROIT OBJECTIF

L'appréhension de l'ordonnement juridique suppose une démarche double, à savoir –

- × une démarche abstraite et générale qui se retrouve dans la définition de tout système juridique, à savoir la recherche sur **la nature du droit**
- × une démarche concrète et variable selon les temps et les lieux qui vise à exposer les modes d'établissement des normes juridiques, à savoir **les sources du droit**

#### I. LA NATURE DU DROIT OBJECTIF

× *Définition<sup>1</sup> - le droit objectif est l'ensemble des règles qui régissent la vie en société ; règles sanctionnées par la puissance publique*

##### I.1 EXPOSE DES DIFFERENTES DOCTRINES

× *Définition - la doctrine est constituée de l'ensemble des opinions émises par les jurisconsultes et les écrivains qui expriment leur pensée juridique*

#### A - EVOLUTION DE LA DOCTRINE

L'importance de la doctrine découle de la manière dont est perçue l'évolution de la société à travers la structure mentale des juristes.

- × Origine et évolution de la théorie du droit naturel
- × *Principe - la loi naturelle est une loi supérieure à toutes les lois positives ; principe supérieur de justice, elle s'impose à la société*
  - le **concept du droit naturel** se dégage dès l'Antiquité avec les philosophes grecs<sup>2</sup>
  - Aristote reprend la distinction des deux justices selon qu'il s'agit de distribuer les honneurs et les biens - **justice distributive** - ou de mesurer les gains et les pertes dans les rapports d'échange - **justice commutative**
  - les jurisconsultes romains recueillent la pensée grecque
- Cicéron soutient **le principe d'une justice supérieure aux institutions**, dans *La République* on peut lire qu'« Il existe une loi véritable qui est la droite raison, qui s'accorde avec la nature, répandue en tous, immuable et impérissable ». Gaius sous l'Empire revient à cette conception en montrant que, par son caractère de raison naturelle, elle est commune à tous les peuples puis il procède à une division tripartite du droit : le **jus civile** pour les citoyens, le **jus gentium** pour les habitants du monde romain et le **jus naturale**, droit immuable et éternel
- le Moyen-Age s'illustre par la doctrine de saint Thomas d'Aquin qui reprend la distinction d'Aristote entre **droit naturel** et **droit positif** dans la *Somme théologique*, distinction de trois catégories de loi : la **lex aeterna** - loi éternelle, à savoir la sagesse divine gouvernant le monde uniquement accessible par la Révélation, la **lex naturalis** - loi naturelle, à savoir celle qui peut être découverte par les seules lumières de la raison présentes en tout homme , la **lex humana** - loi humaine, à savoir la création de l'homme juste quand elle procure le bien commun, notion essentielle pour l'organisation de la société temporelle, injuste quand elle lui est contraire

---

<sup>1</sup> Les définitions sont parties intégrantes du *Lexique de termes juridiques français* en téléchargement libre sur [www.anaxagora.net](http://www.anaxagora.net)

<sup>2</sup> Il est classique de faire remonter l'idée de droit naturel à Antigone de Sophocle qui veut enterrer son frère, contrairement à l'édit de Créon qui interdit de donner une sépulture à ceux qui ont combattu leur patrie : Antigone passe outre car elle n'a pas "dû croire que (tes) ordres eussent assez de force contre les lois non écrites des dieux, lois inébranlables, pour te mettre, toi, mortel, au-dessus d'eux. Ah ! Elles ne sont pas d'aujourd'hui ni d'hier, ces lois-là ! Elles ont été et elles seront toujours et personne ne peut dire quand elles ont commencé ».

- au 17<sup>e</sup> siècle, la théorie du droit naturel reçoit une consécration particulière : dans l'ouvrage *De jure belli ac pacis*, Grotius opère **une véritable laïcisation du droit naturel en le coupant de ses racines théologiques** - existence d'un droit naturel subjectif, à savoir des droits appartenant à un individu dès sa naissance et que le législateur doit respecter selon Kant puis, Pufendorf vulgarise la pensée de Grotius et la développe dans *Droit de la nature et des Gens*

× L'époque moderne -

Coexistence de la théorie positiviste et critique de la suprématie du droit privé.

a - La théorie positiviste

× *Principe - rejet de toute métaphysique juridique*

- le positivisme juridique

*Définition - doctrine qui, rejetant le droit naturel, ne reconnaît d'autre droit que celui que donne le Pouvoir politique*

. conception libérale illustrée en France notamment par Carré de Malbert, Jèze ou Waline  
. la règle de droit traduit l'autorité de l'Etat et s'impose parce qu'elle est l'expression de la volonté de l'Etat

. critère de contrainte étatique : Gény « Le droit dépourvu de la puissance de fait indispensable pour le mettre à effet n'est qu'un idéal sans vie, une entité de l'esprit étrangère à l'ordre réel du monde... Le droit positif est plein et complet en tant que droit; un droit sans force est imparfait ... La règle juridique ne sera parfaite que si elle est assurée de la sanction coercitive. La règle posée sera d'autant plus parfaite que sa sanction par la force sera mieux assurée".

. le juriste allemand Ihéring au 19<sup>e</sup> siècle : **la vocation naturelle de la règle de droit étatique est de s'imposer**

*Remarque - la règle de droit peut devenir un danger pour les citoyens en cas d'arbitraire*

. le juriste autrichien Kelsen considère que la règle de droit doit être respectée car l'Etat l'impose mais il se réfère à un ordonnancement juridique hiérarchisé - **conformité de la règle à la règle qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes juridiques**

- le positivisme sociologique : moyen de défense sociale

. la règle de droit s'envisage du point de vue de **fait social**, elle trouve son fondement dans une conscience collective qui produit les règles qui lui conviennent le mieux

. Comte fonde l'Ecole du positivisme sociologique selon laquelle **le droit est le reflet de l'observation d'une réalité sociale**

. Durkheim : le droit naît des réactions de la société contre les agressions qu'elle subit

. Duguit au début du 20<sup>e</sup> siècle reprend l'idée de **solidarité sociale** « quand la masse des individus ressent la nécessité d'une règle de droit pour l'intérêt du groupe, alors il faut élaborer cette règle de droit et elle doit s'imposer ! »

. de 1920 à 1950 : le développement des doctrines politiques et sociales

émergence du droit social avec la loi de 1920 sur les syndicats, la loi de 1921 sur la saisie-arrêt des petits salaires, les accords de Matignon de juin 1936 instituant les congés payés, la semaine de 40 heures...

b - La critique du privatisme

. entre 1804 et 1880, la science du droit s'oriente vers l'étude du Code civil

la conception prédominante veut que le droit ait pour mission exclusive de régler les rapports des particuliers entre eux ; l'interprétation ne doit venir que de la loi, de son texte ou de son esprit

. à partir de 1880 : la critique du privatisme - Jèze, Laferrière, Duguit et Hauriou dominant la pensée publiciste qui s'illustre par le développement d'aspirations collectives et la percée du droit public avec la reconnaissance en 1872 de la justice déléguée au Conseil d'Etat, l'organisation administrative des communes par la loi de 1884...

## B - FONCTION DE LA DOCTRINE

La fonction de la doctrine évolue selon les époques.

- à Rome, la doctrine appelée jurisprudence joue un rôle théorique et pratique
- de nos jours : le rôle pratique se réduit à la consultation que demandent les plaideurs, à savoir un travail de synthèse dogmatique - élaboration des constructions juridiques : normes déduites d'idées générales qui en commandent l'ordonnement ; rôle critique à l'égard du droit positif dont elle fait apparaître les défauts ; contribution à l'interprétation du droit et à la construction d'outils servant d'instruments aux juridictions

× Le concept juridique : l'instrument au service du juriste -

Le concept suppose une identification des éléments constitutifs - *animus, corpus...* et la caractérisation des relations spécifiques existant entre ces divers éléments - union, causalité...

× *Définition - le concept est la saisie par la pensée d'un phénomène doté d'une valeur de représentativité générale*

Application

- conceptualisation des faits par le juriste afin de les placer sous l'empire du droit  
Remarque - c'est **une construction du droit objectif** : le juriste regroupe les règles de droit en catégories, institutions, ordres... qui recourent les règles ordonnées en vue d'une matière donnée
- la catégorisation s'effectue souvent en fonction des critères suivants
  - ratione materiae* - en considération de la matière : le droit pénal
  - ratione personae* - en considération de la personne : le droit canonique
  - ratione loci* - en considération du lieu : le droit français
  - ratione temporis* - en considération du temps : le droit romain
  - ratione fontis* - en considération de la source : le droit législatif issu du Parlement

## C - EXISTENCE DE MODELES ETRANGERS DIFFERENTS

Coexistence du système anglo-saxon et du système romano-germanique.

- le système anglo-saxon de tous les pays de langue anglaise - sauf le Québec  
. **droit jurisprudentiel** : régime juridique dualiste car c'est un droit jurisprudentiel commun à toute l'Angleterre par opposition aux coutumes locales ; la loi d'origine parlementaire est la 2<sup>e</sup> source du droit  
. **l'importance du précédent** - pour concilier un mécanisme de droit jurisprudentiel avec les besoins de la sécurité juridique, le juge anglais doit nécessairement s'en tenir aux règles posées par ses prédécesseurs
- le système romano-germanique éparpillé de part le monde en raison de la domination romaine s'illustre par l'existence de **la suma divisio : droit public / droit privé**  
2 constantes : **conception identique de la règle de droit** qui présente un caractère de généralité et *importance de la doctrine*  
Remarque - le pouvoir judiciaire - du point de vue organique, motivation des jugements

### I.2 LA REGLE DE DROIT

La règle de droit s'appréhende par sa spécificité, sa finalité et sa spécialisation.

#### A - LA SPECIFICITE DE LA REGLE DE DROIT

× *Définition - la règle de droit ou règle juridique est la règle de conduite dans les rapports sociaux ; générale, abstraite et obligatoire, la puissance publique assure sa sanction*

- elle réside dans **la sanction objective, socialement organisée et mettant en mouvement l'appareil de la puissance publique**, aussi le droit diffère-t-il de la morale
- elle réside dans les relations entre les notions de droit, de morale, de justice et d'équité

## LA CONTRAINTE ETATIQUE : LE CRITERE DE LA NORME JURIDIQUE

### A/1. TYPOLOGIE DES SANCTIONS

× *Définition - la sanction est la mesure répressive prise par l'Etat*

a - La sanction – exécution

× *Définition - la sanction-exécution se définit par la contrainte*

- lorsque l'obligation consiste à payer une somme d'argent, la saisie des biens du débiteur est la contrainte

. le Code civil ouvre à l'article 1167 une action paulienne contre le fraudeur permettant la révocation des actes d'aliénations qui provoquent l'appauvrissement du débiteur et la législation pénale punit le délit d'insolvabilisation, à savoir, soit l'augmentation du passif ou la diminution de l'actif de son patrimoine, soit la dissimulation de biens en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation pécuniaire prononcée par la juridiction répressive ou en matière délictuelle ou quasi-délictuelle ou d'aliments par la juridiction civile

- l'obligation de faire ou de ne pas faire

× *Définition - lorsque l'obligation consiste en une prestation ou l'accomplissement d'un travail ou une abstention, la solution est nuancée*

. le législateur confère au juge des référés le pouvoir d'ordonner l'exécution de l'obligation et institue devant le tribunal d'instance une procédure d'injonction de faire

. l'exécution *manu militari*, le recours à la force publique est admis chaque fois qu'il n'en résulte pas une coercition sur le corps, contraire au principe de l'inviolabilité de la personne

. l'article 1144 du Code civil dispose que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur : celui-ci pourra être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution »

. imaginée par la jurisprudence et consacrée par la loi du 5 juillet 1972, l'exécution par pression sur le débiteur ou astreinte consiste dans la condamnation d'une somme d'argent à raison de tant par jour de retard mis à l'exécution – indépendante des dommages et intérêts, elle ne vise pas à réparer le préjudice causé mais tend à intimider le débiteur ; mesure comminatoire, elle est prononcée de manière provisoire ou définitive, présumée provisoire en l'absence de dispositions particulières du jugement

b - La sanction – réparation

× *Définition - elle vise à rétablir l'équilibre détruit par la violation du droit d'indemnisation car, être responsable, c'est avoir en matière contentieuse méconnu ses engagements et en matière délictuelle avoir mal rempli ses devoirs*

. le dommage matériel désigne toute lésion d'un droit ayant une valeur pécuniaire - détérioration des choses physiques...

. le dommage moral n'entraîne pas une perte économique et correspond à une atteinte corporelle ou matérielle ou une souffrance physique – perte d'une chance, préjudice esthétique...

. les dommages et intérêts compensatoires s'appliquent au préjudice matériel et au préjudice moral et la responsabilité couvre l'ensemble du tort subi

. les dommages et intérêts moratoires, du latin *mora* à savoir retard, sanctionnent le défaut de ponctualité dans l'exécution de l'obligation

c - La sanction - répression

× *Définition - la sanction - répression vise à réparer l'équilibre détruit, entend intimider et constituer un obstacle aux manquements d'une gravité extrême*

× *Principe - le propre du système répressif est d'être soumis au principe de la légalité des délits et des peines qu'exprime l'adage Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege : nul crime sans loi, nulle peine sans loi*

× Coexistence de deux types de peines –

- le châtement corporel qui consiste principalement dans la privation de liberté – la loi du 10 juillet 1983 crée une peine de substitution : le travail d'intérêt général où le condamné est, pour une certaine durée, contraint d'effectuer certaines tâches au profit d'une collectivité publique, d'un établissement public ou d'une association

- les peines pécuniaires : l'amende qui permet d'éviter l'emprisonnement et de garnir les caisses du Trésor public et la confiscation des biens d'un délinquant

× *Principe - la peine est assujettie à la règle de la légalité*

× Tempérament - il arrive que le comportement répréhensible soit sanctionné hors de tout texte car la responsabilité constitue le domaine privilégié de la peine *extra legem*

Application

les peines prononcées en fonction d'un intérêt privé ont toujours une incidence pécuniaire allant à la victime -

- . le gain manqué : la majorité des peines privées se traduit par la privation d'un bénéfice qui aurait enrichi le patrimoine du contrevenant et qui lui échappe car il a manqué à son devoir – ainsi, l'article 727 du Code civil prévoit le fait d'avoir attenté à la vie du défunt ou d'avoir porté contre lui une calomnie, infraction qui entraîne l'indignité successorale et l'exclusion de la succession

- . la perte éprouvée en matière de libéralité : l'article 955 du Code civil incrimine l'ingratitude du donataire qui a attenté à la vie du donateur ou qui a exercé envers lui des sévices, délits ou injures ou lui a refusé des aliments

d - La sanction - inhibition

× *Définition - la sanction – inhibition est la paralysie de l'acte juridique ou de l'action en justice qu'entraîne le vice qui leur est attaché, elle peut être totale ou partielle*

- l'inhibition totale

- . le vice de malformation – le non respect des conditions intrinsèques de validité : forme, consentement, capacité... entraîne la nullité de l'acte, à savoir la disparition rétroactive de tous ses effets

- . le vice d'impossibilité – l'impossibilité est de fait non de droit : elle débouche sur la caducité pour une cause accidentelle comme en cas de legs caduque par le prédécès du légataire

- . le vice d'infidélité : ***la foi n'est plus due à celui qui rompt la foi, frangenti fidem fides non est servanda***, comme dans le domaine contractuel d'échange de volontés

- . le vice de précarité qui affecte les contrats pour lesquels le législateur a prévu un droit de repentir ou de rétraction permettant de revenir sur l'engagement souscrit

- l'inhibition partielle

- . le vice de clandestinité – le législateur organise la publicité des transferts de propriété et des constitutions de droits réels immobiliers au moyen d'inscription sur les registres de la Conservation des hypothèques – l'acte est inopposable aux non contractants mais il reste valable entre les parties

- . le vice de fraude suppose la volonté de tourner une règle obligatoire par un moyen visant à neutraliser les effets de la dite règle

- . le vice d'irrégularité lorsque la convention ne viole que partiellement la légalité : seule la clause illicite est sanctionnée

- . le vice d'inaccomplissement : la résolution, parce que rétroactive, n'est pas susceptible de fonctionner

## **A/2. LA PROCEDURE DES SANCTIONS**

× *Principe - nul ne possède le droit de se faire justice à soi-même, intervention de l'Etat*  
la voie juridictionnelle est ouverte lorsque la violation du droit met en cause soit l'intérêt privé, soit l'intérêt général

a - La voie civile

- le titre probatoire - l'intéressé fait ***reconnaître son droit en justice***

- . la saisine du juge n'appartient qu'à lui : l'action civile s'oppose à l'action pénale déclenchée par le ministère public et est de type accusatoire

- le titre exécutoire

. la vérification du titre en justice ne suffit pas pour actionner, la partie gagnante doit obtenir la délivrance d'une copie exécutoire, à savoir l'expédition du jugement revêtue de la formule exécutoire mise au bas de la décision par le greffier – « La République française mande et ordonne à tous huissiers de justice sur ce requis de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous les commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis »  
. le plaideur notifier la grosse à son adversaire

b - La voie pénale

✕ *Définition - la voie pénale est une procédure de type inquisitoire remise à l'initiative du ministère public, juge de l'opportunité des poursuites*

c - La voie administrative

✕ *Définition - lorsque le contentieux oppose la puissance publique à un particulier, la voie administrative est la seule action possible*

✕ *Principe - les autorités administratives disposent de privilèges qui relèvent de l'imperium, à savoir : le pouvoir de commandement et le privilège du préalable*

Application

- l'administration est dispensée pour réaliser ses droits de s'adresser au juge préalablement à toute exécution, **sa décision est exécutoire en elle-même** et bénéficie avant toute vérification en justice d'**une présomption de conformité au droit** – le recours pour excès de pouvoir permet notamment de faire tomber la présomption de légalité

- l'administration n'a pas besoin pour contraindre le particulier à s'exécuter de faire délivrer par un juge un titre exécutoire et dispose du **privilège de l'exécution d'office**

Condition - il est nécessaire que l'administration ne dispose pas d'une autre voie de droit pour vaincre la résistance des administrés, soit que les textes ne prévoient ni sanction pénale, ni sanction administrative, soit que les sanctions utilisées soient restées infructueuses

Selon Léon Blum : "L'exécution administrative n'est justifiée, en principe, que par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi et l'impossibilité de l'assurer par tout autre procédé juridique" – Conseil d'Etat 17 mars 1911, abbé Bouchon

✕ *Tempérament - ces conditions disparaissent en cas d'urgence ou selon les termes de la jurisprudence « danger grave et imminent », « nécessité publique urgente », « urgence ou péril imminent »*

✕ Les principaux recours du contentieux administratif -

- le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux : le contentieux au fond c'est la voie ordinaire par laquelle le plaideur demande au juge d'être rétabli dans ses droits, soit par une remise en état, soit par l'attribution d'une indemnité compensatoire du tort causé

- le contentieux de l'annulation non dirigé contre un défendeur pour obtenir réparation : c'est un recours formé contre un acte juridique en vue de son annulation  
. il est possible contre tous les actes juridictionnels quand ils émanent d'un juge qui statue définitivement en dernier ressort - le recours en cassation par lequel le juge de cassation casse le jugement ou l'arrêt qu'on lui défère, s'il viole la légalité ; le recours pour excès de pouvoir qui permet au juge administratif d'annuler les actes administratifs contraires à la légalité

- le contentieux de l'interprétation permet de demander au juge de dire le sens d'un acte administratif ou juridictionnel

- le contentieux de la répression permet au juge de réprimer un fait en condamnant son auteur à une peine prévue par la loi, il est exceptionnel en matière administrative, ex : contraventions de voirie

## **RELATIONS ENTRE LES NOTIONS DE DROIT, MORALE, JUSTICE ET EQUITE**

### **A/1. LE DROIT ET LA MORALE**

Existence de divergences doctrinales et de deux courants importants.

a - La conception de la morale

× *Définition - la morale est l'ensemble des principes de jugement et de conduite qui s'impose à la conscience individuelle ou collective*<sup>3</sup> ; science du bien et du mal ; théorie de l'action humaine en tant qu'elle est soumise au devoir et a pour but le bien<sup>4</sup> »

« *La morale est la science des droits naturels* » Diderot

« *La vraie morale se moque de la morale* » Pascal

× La notion de morale est ambivalente

- *au plan spirituel* : elle désigne une éthique transcendantale, immuable et universelle elle ne connaît que des devoirs
- *au plan social* : la morale coutumière traduit des mœurs dites souhaitables pour l'harmonie de la collectivité
- *sa finalité* : le perfectionnement intérieur de l'individu

b - La notion de droit

× *Définition - le droit est l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les hommes en société*<sup>5</sup>

- *exposé* : le droit procède de l'autorité publique régulièrement habilitée
- *sa finalité* : le bien de la société et l'épanouissement des relations entre individus

× Existence de deux conceptions -

- les thèses de la séparation

Thomasius dans ses *Fundamenta juris naturae et gentium* (1713) établit une distinction radicale entre droit et morale basée sur **la différence de but**

. la morale se réfère à la conscience du sujet et tend à procurer la paix intérieure

. le droit poursuit le but de la paix extérieure

Kant reprend la conception : la règle de droit n'a pas le même fondement que la règle de la morale puisque l'obéissance à la règle de droit privé provient de l'extérieur et résulte de la contrainte alors que la soumission à la morale procède de la voie de la conscience

- les thèses de l'union

Ripert dans *La règle morale dans les obligations civiles* (1927) souligne l'interpénétration du droit et de la morale ; *la théorie des droits naturels aboutit à transformer de simples devoirs de conscience en obligations juridiques*

Josserand dans *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1927) réussit à identifier droit et morale en soulignant la tendance des tribunaux à sanctionner l'abus des droits, à savoir l'usage d'un droit en conformité à la lettre du texte mais en contradiction avec les buts qui le justifient ; le droit est « la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition »

### **A/2. LE DROIT ET LA JUSTICE**

Coexistence de conceptions différentes selon que l'on est moraliste ou juriste.

- selon les moralistes tels Ulpian

. *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, à savoir, les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, rendre à chacun le sien

. *Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* : la justice est la volonté constante de rendre à chacun ce qui lui revient

. **l'exigibilité, l'existence de la force coercitive caractérisent la justice**

<sup>3</sup> Définition du dictionnaire *Hachette encyclopédique*.

<sup>4</sup> Définition du dictionnaire *Petit Robert*.

<sup>5</sup> Définition du dictionnaire *Hachette encyclopédique*.



- selon les juristes tels Aristote
- . la justice fondée sur l'égalité arithmétique
- la justice commutative** est celle qui préside aux échanges dans les relations entre individus ; elle relève de la coordination ; bilatérale, elle est fondée sur l'égalité arithmétique et tend à maintenir ou à rétablir l'équilibre intérieur entre les patrimoines
- . la justice fondée sur l'égalité géométrique
- la justice distributive** a pour objet une meilleure répartition des richesses et des charges de la cité entre ses membres : elle met en présence la collectivité et les citoyens et est fondée sur l'égalité géométrique

### A/3. LE DROIT ET L'EQUITE

Merlin : « La loi n'est rien sans l'équité et l'équité est tout sans la loi. Ceux qui ne voient ce qui est juste ou injuste que par les yeux de la loi ne l'aperçoivent jamais aussi bien que ceux qui le voient par ceux de l'équité. La loi ne doit pas être regardée en quelque façon que comme un secours pour ceux qui ont les lumières de l'entendement faibles ou obscurcies... »

× Evolution -

- les parlements de l'Ancien Régime reconnaissent **le droit de juger en équité**, de s'écarter dans leurs jugements de la rigueur de la loi lorsque de justes raisons paraissent l'exiger
- la Révolution française : le culte de la loi chasse l'équité des prétoires
- le juge a une seule fonction : **l'application automatique de la loi**
- l'équité autorisée par la loi : de nombreux articles du Code civil renvoient à l'équité tels l'article 815-13 ou l'article 1244-1
- l'équité sollicitée par le plaideur - certains articles du NCPC - Nouveau Code de procédure civile - permettent l'équité sollicitée par le plaideur, tels l'article 1474 qui dispose que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur »
- l'équité à l'initiative du juge lorsqu'il doit examiner les faits objectivement et les placer sous l'empire de la loi appropriée, il fonde sa décision en droit

### B - LA FINALITE DE LA REGLE DE DROIT

Coexistence de finalités particulières et de finalités collectives. De la permanence des règles dépend l'utilité de l'action car aucune prévision ne peut être faite que sur la considération de ce qui existe.

#### B/1. LES FINALITES PARTICULIERES : LA SECURITE ET LA STABILITE

La sécurité juridique recherche **la certitude** relativement aux conséquences qui s'attachent aux actes, elle suppose la précision de la règle de droit et postule la préférence pour les sources formelles du droit.

a - La sécurité des personnes et des biens - Radbruch dans *Du droit individuel au droit social (1931)* souligne l'importance de la sécurité juridique : « La sécurité du droit est une prémisses de toute civilisation. L'exigence de la sécurité naît de la même nécessité profonde que l'idée de la loi de la nature : c'est le besoin de constituer en un ordre le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité »

- la sécurité juridique des personnes -  
- l'être humain envisagé en lui-même

× *Problématique* - celui qui cause un dommage à autrui doit-il le réparer dans tous les cas ?

× *Principe* - il le doit s'il a commis une faute caractérisée car, être responsable de ses fautes, est une règle de droit

#### Application

- le domaine de rattachement est principalement le droit pénal et les infractions dirigées contre la personne y occupent une place prépondérante : la suppression de la vie est organisée, ainsi le meurtre, l'assassinat, l'empoisonnement
- la montée des mobiles politiques génère des conséquences relativement à la responsabilité : la loi du 9 septembre 1986 organise les infractions de destruction, d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise individuelle ou collective, ayant pour but de troubler gravement l'ordre public, par l'intimidation de la terreur
- le législateur incrimine nombre de dommages moraux tels que l'émission d'appels téléphoniques intempestifs à fin d'effrayer, la séquestration, la diffamation, les atteintes à l'intimité de la vie privée  
- l'être humain envisagé dans ses activités

✕ *Principe - de nombreuses législations envisagent l'être humain dans ses activités dont l'une principale à l'exemple du Code de la route*

#### Application

- la quasi totalité des dispositions du Code de la route réglementant la circulation sont édictées dans un souci d'assurer la sécurité des usagers - vitesse, état alcoolique du conducteur...

- la sécurité juridique des biens

Relativement aux biens privés, le droit pénal offre une protection du patrimoine dont les atteintes principales sont :

. *le vol* : les articles 311-1 et s. du Code pénal

✕ *Définition - appropriation de la chose d'autrui réalisant une violation du droit de propriété*

. *l'escroquerie* : les articles 313-1 et s. du Code pénal

✕ *Définition - action par laquelle on se fait remettre une somme d'argent ou un objet quelconque en faisant usage de faux nom ou de fausse qualité ou en employant des manœuvres frauduleuses*

. *l'abus de confiance* : les articles 314-1 et s.

✕ *Définition - l'abus de confiance réside dans le détournement ou la dissipation au préjudice des propres possesseurs ou détenteurs d'objets qui n'avaient été remis qu'à charge de les rendre*

#### b - La stabilité juridique

La stabilité juridique est un besoin manifesté une fois la situation créée.

✕ *Principe - la non rétroactivité de la loi*

le principe de non rétroactivité inscrit au Code civil article 2 « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » et au Code pénal article 4 « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peine qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

✕ *Principe - le principe de l'autorité de la chose jugée dans le domaine juridictionnel est d'inspiration analogue* – l'article 1350-3 du Code civil la considère comme **une présomption légale** indiquant que les faits constatés et les droits reconnus par un jugement ne peuvent plus être contestés une fois les recours exercés ou leurs délais expirés

## **B/2. LES FINALITES COLLECTIVES**

les finalités collectives s'articulent principalement relativement à l'économie et au politique

✕ *Principe - ubi societas ibi jus* - pas de société sans droit

#### a - L'organisation économique

✕ *Définition - l'économie politique se définit comme la science des richesses elle étudie la production, la circulation et la distribution des biens*

× *Principe - le libéralisme économique repose sur deux règles fondamentales*

- tous les biens même ceux qui servent à la production appartiennent à des particuliers et non à l'Etat
- la production, la circulation, la distribution des biens sont réglées par le libre jeu des initiatives privées et par le jeu de la concurrence sans intervention étatique

× Tempérament - pour mettre en pratique ces deux principes, ***l'Etat doit en assurer le fonctionnement en consacrant la propriété individuelle et la liberté en matière contractuelle***

Remarque - la réglementation de la liberté contractuelle constitue un instrument de l'évolution économique mais Josserand écrit que de nombreux contrats ne sont plus libres, ce sont ***des contrats dirigés par la loi***, en ce sens que les particuliers ne sont plus libres de contracter selon leur bon plaisir, que certaines clauses doivent, en vertu de la loi, figurer dans leurs contrats – le contrat de travail ou le contrat d'assurance sont presque entièrement réglementés par la loi ; parfois même l'on est obligé de contracter – l'obligation de vendre, car le refus de vente est puni par la loi.

b - L'organisation politique - Le but politique de la règle de droit doit être examiné

- au niveau des structures de l'Etat

× *Principe - le droit d'un pays exprime par son régime politique l'idée que l'Etat se fait des rapports entre gouvernants/gouvernés*

Application

- au plan constitutionnel, l'affirmation de l'égalité et de la liberté inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789
- les lois qui garantissent les droits individuels dont la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – article 1<sup>er</sup> « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou politiques »
- au niveau des objectifs prioritaires de l'Etat

× *Principe - les politiques sociales varient selon les états et les régimes politiques*

Application -

- la loi du 31 décembre 1970 relative à la lutte renforcée contre le trafic et l'usage des stupéfiants
- la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité dans l'activité professionnelle
- les articles 515-1 à 515-8 du Code civil relatifs au pacte civil de solidarité
- la loi du 10 janvier 1991 qui interdit la publicité du tabac et impose que chaque unité de conditionnement porte la mention « nuit gravement à la santé » ...

## **C - LA SPECIALISATION DE LA REGLE DE DROIT**

La distinction droit privé/droit public domine la spécialisation des normes juridiques.

### **C/1. LA CLASSIFICATION FONDAMENTALE : DROIT PRIVE ET DROIT PUBLIC**

Le droit romain attaché à ***la res publica*** et à ***l'individualisme*** marque la discrimination entre les éléments privés et publics. Cette distinction connaît une éclipse tout au long de la période du Moyen Age, période où la disparition du pouvoir central assure la domination intérieure par des communautés qui encadrent strictement l'individu<sup>6</sup>.

a - La distinction

La division droit privé / droit public est classique et admise depuis fort longtemps. Si elle possède une valeur scientifique, elle a aussi une portée pratique.

- le droit privé

× *Définition - le droit privé se compose de l'ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers et les relations entre l'Administration et les particuliers, lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes du droit commu*

---

<sup>6</sup> Voir Valérie Ladegaillerie, *Les institutions françaises, naissance et évolution 481-1789*, partie II : Les temps féodaux 987-1285 in [www.anaxagora.net](http://www.anaxagora.net)

× *Principe - le droit privé comprend les règles qui s'appliquent aux rapports des particuliers entre eux*

Application -

- **le droit civil** est l'ensemble des règles relatives aux institutions, actes, rapports juridiques intéressant les particuliers dans leurs relations entre eux, à l'exclusion de celles qui correspondent à des milieux spécialisés (commerçants, salariés...)
- le *jus civile* à Rome désigne le droit des citoyens en opposition au *jus gentium*, le droit des gens

Son domaine englobe :

l'étude des personnes : état, capacité...

l'étude des biens : propriété, servitude, hypothèque...

l'étude de la famille : mariage, régimes matrimoniaux, divorce, filiation...

l'étude des créances et de la responsabilité, des successions...

**le droit commercial** constitue un ensemble de règles applicables aux commerçants et aux opérations commerciales - l'étude des sociétés, fonds de commerce, actes de commerce, bourses, banques...

on le divise : en droit maritime : statut et armement des navires, transports, assurance et ventes maritimes, événements de mer, avaries, assistance des bâtiments en danger (droit aérien, droit artisanal, droit intellectuel, droit bancaire, droit de la concurrence... droit rural)

**le droit judiciaire privé** règle l'organisation et la compétence des différents tribunaux ainsi que les voies d'exécution

**le droit pénal** définit les comportements constitutifs d'infractions et détermine les sanctions applicables - droit de la répression, il doit aussi rééduquer

**le droit international privé** régit les rapports entre particuliers comportant un élément étranger : l'extranéité : il permet de déterminer la loi compétente, nationale ou étrangère, qui s'applique chaque fois qu'une situation litigieuse présente cet élément étranger - exemple : mariage entre un Français et un étranger, en cas de divorce, quelle est la loi applicable?

- le droit public

× *Définition - le droit public se compose de l'ensemble des règles organisant l'Etat et ses démembrements et régissant les rapports entre la puissance publique et les particuliers*

× *Principe - le droit public concerne les rapports dans lesquels les personnes publiques sont intéressées*

Application

**le droit international public** est l'ensemble des règles concernant les rapports entre les Etats souverains - il est destiné à résoudre les conflits mais il a pour *originalité de ne pas contraindre* les Etats car il n'existe pas d'autorité supérétatique disposant d'un pouvoir de contrainte à l'égard de l'Etat qui enfreint la règle - existence de tribunaux internationaux mais leurs décisions ne s'appliquent que si l'Etat auquel ils s'adressent veut bien s'y soumettre

**Le droit public interne** comprend les règles d'organisation de l'Etat ; il englobe - **le droit constitutionnel** : encadrement juridique de phénomènes politiques

il se compose des règles qui président à l'organisation politique de l'Etat et à son fonctionnement : organisation des pouvoirs publics et les rapports de ces pouvoirs entre eux - république ou monarchie, état unitaire ou fédéral, système parlementaire ou présidentiel, mode d'élections, mode d'élaboration des lois...

**le droit administratif** organise les collectivités publiques et les services publics il régit les rapports entre les particuliers et les autorités administratives

**le droit fiscal** qui pose les règles de la fiscalité d'état ...

b - La critique de la distinction

Si la classification fournit un cadre général, il faut reconnaître que les critères de définition sont incertains.

- les critères anciens

. *la patrimonialité*

les droits dont un particulier est titulaire en droit privé auraient une valeur pécuniaire alors que le droit public serait exclusif de tout élément à caractère patrimonial

*Remarque* - le droit public connaît des aspects patrimoniaux tels que le domaine de l'Etat

. *la contrainte*

les règles de droit public seraient dotées d'une force de coercition rigoureuse alors que les normes privées reposeraient sur le libre consentement

*Remarque* - nombre de dispositions du droit privé sont supérieures au pouvoir de décision des parties

. *l'égalité de situation*

le droit privé serait un droit de coordination, la justice y est commutative alors que le droit public est un droit de subordination, la justice y est distributive

- les critères actuels

. *la théorie des intérêts de l'Etat – jus publicum ; le jus privatum* ne se préoccuperait que des intérêts particuliers – selon la doctrine d'Ulpien

. *la théorie des sujets de droit*

le droit public est le droit des personnes qui interviennent en qualité de titulaires de prérogatives de puissance publique alors que le droit privé est celui des personnes qui se manifestent qu'à titre privé mais les fonctions judiciaires ressortissent au droit privé

## **C/2. LA PUBLICISATION DU DROIT PRIVE ET LA PRIVATISATION DU DROIT PUBLIC**

L'influence socialisante du monde contemporain restreignant le champ du droit privé et l'accroissement de l'interventionnisme des pouvoirs publics tendent à rendre obsolète la classification traditionnelle entre droit privé et droit public.

a - La publicisation du droit privé

- l'Etat n'intervenait dans le passé que pour garantir le droit privé créé par les particuliers et lorsque des lois relatives à l'ordre public étaient prises dans le dessein de protéger l'intérêt privé
- aujourd'hui, la publicisation du droit privé s'illustre en particulier par les contrats imposés comme le contrat d'assurance, les contrats réglementés tels le contrat de travail... ou encore dans les contrats dans lesquels les parties n'ont pas le libre choix de leur partenaire, lorsque s'exerce le droit de préemption.

b - La privatisation du droit public

- la privatisation du droit public s'illustre en particulier lorsque la loi déclare que dans telle matière, l'administration sera soumise aux règles de droit privé

## **C/3. EXISTENCE D'UN DROIT MIXTE**

Il est traditionnel de classer tel droit dans le domaine du droit privé ou du droit public, pourtant l'on peut remarquer une interpénétration des divers domaines.

Illustration

- le droit pénal
  - il est de tradition de rattacher le droit pénal au droit privé
  - mais relèvent du droit public l'exécution des différentes peines car elle est assurée par l'administration pénitentiaire, organe de puissance publique, de même la procédure civile contient des aspects de droit public notamment l'organisation des juridictions ; les règles relatives à l'instruction du procès, à la production des preuves, aux voies d'exécution

- le droit commercial
  - il est de tradition de rattacher le droit commercial au droit privé
  - mais relèvent du droit public certaines institutions telles les chambres de commerce, les bourses de valeurs et certaines activités sont dominées par des principes d'inspiration publiciste comme la liberté du commerce et de l'industrie, le régime de la concurrence, le droit des assurances
- les finances publiques et le droit fiscal
  - il est de tradition de rattacher le droit fiscal et les finances publiques au droit public – dispositions ayant trait aux dépenses et aux recettes des collectivités publiques telles l'aménagement du budget, la perception des impôts...
  - mais relève du droit privé le contentieux des droits d'enregistrement qui ressortit à la compétence des tribunaux judiciaires – l'administration a l'obligation de motiver ses notifications de redressement ou le rejet des observations présentées par le contribuable
- les libertés publiques
  - il est de tradition de rattacher les libertés publiques au droit public –
  - les dispositions ayant trait au droit d'agir sans contrainte dans la société comme la liberté d'aller et venir, inviolabilité du domicile, liberté d'opinion, liberté de réunion...
  - mais de nos jours, l'on note un équilibre acceptable entre la puissance de l'Etat et le respect de l'action individuelle – protection juridictionnelle élargie...

#### **C/4. AUTRE CLASSIFICATION : DROIT REGULATEUR ET DROIT PROFESSIONNEL**

× *Définition - le droit régulateur est l'ensemble des règles relatives à la sanction, à la réalisation et à l'application des autres branches du droit*

Caractéristique - **jus supra jura**, droit au dessus des droits

il se présente comme un droit cohérent, abstrait et s'appliquant aux règles du droit public comme du droit privé

Illustration -

- le droit pénal

il n'existe pas un droit pénal public pour les infractions contre la sûreté de l'Etat et un droit pénal privé pour les crimes et délits contre les particuliers

× *Définition - le droit professionnel se compose de règles et d'institutions privées et publiques*

Caractéristique - d'origine coutumière, il est libre et corporatif

il est secrété par chaque milieu professionnel selon ses besoins propres en dehors de toute directive générale et procède en partie de contrats-types... de formules modèles

## **II LES SOURCES DU DROIT OBJECTIF**

Le terme source recouvre deux acceptions -

- *au sens matériel* : les recueils de lois ou ouvrages de doctrine
- *au sens formel* : les autorités ayant le pouvoir d'édicter la règle de droit et d'en imposer l'application

### **II.1 LA LOI ET LE REGLEMENT**

Les révolutionnaires français ont fait de la loi la première des sources formelles du droit. La loi et le règlement présentent des caractéristiques qui leur sont communes et des caractéristiques qui leur sont propres.

#### **II.1.1 LES CARACTERISTIQUES DE LA LOI ET DU REGLEMENT**

Si la loi et le règlement possèdent des caractéristiques propres et des caractéristiques communes, il est à souligner les conflits pouvant surgir entre ces deux sources de droit.

## **A - LES CARACTERISTIQUES COMMUNES DE LA LOI ET DU REGLEMENT**

La loi et le règlement présentent trois caractéristiques communes.

a - La généralité -

✕ *Définition – la loi est la règle écrite, générale, permanente et impersonnelle votée par le Parlement*

*le règlement est un acte de portée générale et impersonnelle édicté par les autorités exécutives compétentes - règlement d'application destiné à assurer l'exécution d'une loi*

*le règlement autonome pris spontanément et à titre exclusif dans les matières autres que celles réservées à la loi*

✕ *Principe - la règle de droit entendu comme la loi a un caractère de généralité car elle s'adresse à tous et non à un individu en particulier*

- forme le droit objectif, l'ensemble des normes juridiques considérées de ce point de vue

- cette caractéristique est l'une des bases du principe de l'égalité politique selon lequel tous les individus sont égaux, bien que cela signifie pas qu'ils sont soumis aux mêmes lois

✕ *Tempérament - le principe d'égalité politique n'interdit pas l'existence de règles de droit qui ne concernent pas indifféremment tous les individus – les commerçants et les industriels sont soumis à certaines règles qui s'appliquent à leur activité professionnelle...*

b - L'obligation

✕ *Définition - qui revêt un caractère obligatoire*

✕ *Principe - tous les sujets de droit doivent se soumettre à la loi ou au règlement, volontairement et à défaut, par la voie de la contrainte*

✕ Typologie des lois -

- norme impérative

une norme juridique est impérative lorsqu'il n'est pas possible d'en éviter l'application ; elle est alors d'ordre public

- norme supplétive ou interprétative

une norme juridique est supplétive lorsque son application peut être écartée par ceux qui veulent s'y soustraire, il leur suffit d'exprimer leur volonté en ce sens

c - La permanence

- certains textes sont édictés pour une durée limitée et cessent d'être en vigueur automatiquement à l'expiration du délai prévu

- certains textes peuvent être abrogés : le pouvoir d'abrogation revient à l'autorité qui a le pouvoir d'édicter la règle de droit

. l'abrogation expresse résulte d'un article du texte qui indique que tel ou tel autre texte antérieur est abrogé

. l'abrogation tacite résulte implicitement d'un nouveau texte dont les dispositions sont en opposition avec des dispositions antérieures

## **B - LES CARACTERISTIQUES PROPRES**

Rappel -

. **la loi est l'œuvre du Parlement** : elle est la règle de droit exprimée dans un texte voté par le Parlement ; elle entre en vigueur lorsqu'elle est promulguée et publiée au Journal Officiel

. **le règlement est une règle de droit émanant d'une autorité administrative**

## LE DOMAINE DE LA LOI ET LE DOMAINE DU REGLEMENT

× avant la Constitution du 4 octobre 1958 : **la prééminence de la loi**

× *Principe - la loi, œuvre du Parlement, peut intervenir dans n'importe quelle matière, peut à tout moment modifier les règles de droit existantes et échappe à tout contrôle judiciaire* – un tribunal ne peut refuser l'application de la loi même contraire à la Constitution

× la Constitution du 4 octobre 1958 : le domaine de la loi et le domaine du règlement

× *Principe - le domaine de la loi : l'article 34 de la Constitution de 1958*

× Cet article trace les limites dans lesquelles le Parlement vote la loi -

- les matières législatives constituent le domaine réservé du Parlement qui peut les traiter de manière complète dont les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ; le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions, la création de catégories de dépenses ...

- les matières législatives où le Parlement n'a que le pouvoir de fixer les seuls principes fondamentaux dont : l'organisation générale de la Défense nationale ; l'enseignement ; le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; le droit du travail, le droit syndical ...

× *Principe - le domaine du règlement : l'article 37 de la Constitution de 1958 dispose que les matières, autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaire*

Application -

- *le règlement d'application* : le règlement a pour objet l'exécution d'une loi ordinaire intervenue dans les matières législatives

- *le décret* : règlement pris par le Premier ministre

- *l'arrêté* : règlement pris par un ministre, un préfet, dans le champ de leurs compétences

- *la circulaire* : elle contient l'interprétation officielle que le ministre donne d'une disposition à l'usage des différents services ; elle s'impose aux agents administratifs mais est dépourvue d'autorité vis-à-vis des tribunaux judiciaires – ce n'est pas une règle de droit

- *l'instruction ministérielle* : directive d'inspiration politique donnée aux services sur la manière d'appliquer tel règlement

- *le règlement autonome* : application de l'article 37 de la Constitution de 1958

### **B/1. LES PROCEDURES**

Existence de diverses procédures relatives à l'initiative, la préparation, l'adoption, la promulgation et la publication des textes.

a - L'initiative des textes

× *Principe - l'article 39 de la Constitution de 1958 dispose qu'en matière législative, l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre – projet de loi – et aux membres des assemblées parlementaires – proposition de loi – les membres du Parlement et du gouvernement disposent du **droit d'amendement**, à savoir suggérer des modifications, des suppressions ou des compléments au texte initial en discussion*

*Remarque - l'article 40 de la Constitution de 1958 donne **prééminence au gouvernement** puisque l'amendement parlementaire est irrecevable lorsque son application aurait pour conséquence, soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique*



- ✘ *Principe - l'article 21 de la Constitution de 1958 dispose que le Premier ministre "exerce le pouvoir réglementaire", ce qui tendrait à affirmer qu'il l'exerce seul*
- ✘ *Tempérament - l'article 13 al.1 de la Constitution de 1958 dispose que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres »*

#### b - La préparation des textes

- ✘ *Principe - les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à des commissions spécialement désignées pour en connaître chaque fois que la demande en est faite soit par le gouvernement, soit par une assemblée ; à défaut, transmission à l'une des six commissions qui désigne un rapporteur entendu le jour des débats, commissions auxquelles les ministres peuvent accéder*
- ✘ *Principe - les règlements sont en général préparés par les bureaux des ministères intéressés puis font l'objet d'une discussion dans des comités interministériels ou restreints*

#### c - L'adoption des textes

- ✘ *Principe - les projets ou propositions de loi : débat et vote à l'Assemblée nationale et au Sénat*
- ✘ *Principe - les projets de règlement relèvent de la pratique administrative*

#### Remarques -

- l'article 61 du règlement de l'Assemblée nationale déclare que "l'Assemblée est toujours en nombre pour délibérer..." ce qui signifie qu'aucun quorum n'est exigé à moins qu'un président de groupe ne demande de vérifier si la majorité absolue du nombre de députés est présente dans l'enceinte, les modes de votation sont définies par le règlement de chaque assemblée
- si un vote favorable intervient devant l'Assemblée nationale, saisie la première de l'examen du texte, le texte est transmis au Sénat : en cas d'accord complet, pas de difficulté
- . si le Sénat apporte des modifications au texte adopté par l'Assemblée, le projet revient devant l'Assemblée, système dit de **la navette parlementaire**
- . après deux lectures par chaque assemblée ne débouchant pas sur un texte identique, le Premier ministre dispose de la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire, composée de 7 députés et 7 sénateurs, chargée de rédiger un texte sur les dispositions faisant objet de divergences : si la commission tombe d'accord sur un compromis, le gouvernement peut le soumettre aux assemblées parlementaires pour approbation ; si la commission ne parvient pas à proposer un texte commun ou si le texte commun est repoussé, après une nouvelle lecture devant chaque chambre, le gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de statuer seule en adoptant à son choix le texte de la commission ou la dernière rédaction votée - article 45 de la Constitution 1958
- **existence de procédures abrégées** telles que celle édictée par l'article 49 al.3 de la Constitution de 1958 qui permet l'adoption d'un texte sans vote lorsque le Premier ministre engage la responsabilité du Parlement devant l'Assemblée nationale

#### d - La promulgation et la publication

- ✘ *Principe - le décret, œuvre du pouvoir exécutif, est exécutoire par nature*
- #### Remarques - **la pratique du contreseing**

- l'article 19 de la Constitution de 1958 dispose que les actes du Président de la République sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables
- l'article 25 de la Constitution de 1958 dispose que les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution

- ✘ *Principe - la loi exige pour être obligatoire sa promulgation, à savoir un acte par lequel le Président de la République atteste l'existence de la loi, en prescrit la publication et en ordonne l'exécution*

#### Application

- le Président de la République dispose d'un délai de 15 jours suivant la transmission du texte voté au gouvernement
  - pendant cette période, il a la faculté de demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ces articles : **si le Parlement maintient son texte, il a l'obligation de le promulguer ou de recourir à la dissolution**
- **la promulgation rend la loi obligatoire et lui donne sa date**

Le numéro NOR se compose de :

- 12 caractères alphanumériques
- un code à 3 lettres identifiant le ministre à l'origine du texte
- une lettre révélant la direction ou le service le plus intéressé
- deux chiffres indiquant l'année de signature du texte
- 5 chiffres attribuant un numéro d'ordre pris dans une séquence propre au ministre concerné
- une lettre donnant la nature du texte

× *Principe – insertion au Journal Officiel de la République française afin de porter la loi ou le règlement à la connaissance des citoyens et écoulement d'un délai à titre d'information*

Application - à l'expiration du délai de publication : *nul n'est censé ignorer la loi*  
Cette présomption légale irréfragable a une double portée.

- elle concerne les juges, ce qui a pour effet de dispenser le plaideur de prouver la règle de droit qu'il invoque
- elle concerne les particuliers qui ne peuvent se faire un titre de leur ignorance pour se soustraire au commandement de la loi

Assouplissement de la présomption -

- en matière pénale : allongement du délai habituel - article 4 du décret du 5 novembre 1870 les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention s'est produite dans le délai de 3 jours à compter de la promulgation
- paralysie d'un acte juridique : relatif à celui qui a contracté dans la méconnaissance de ses droits ; il peut demander au juge la nullité de son engagement au titre d'un des vices du consentement

## **B/2. LA HIERARCHIE DES LOIS ET DES REGLEMENTS**

× *Principe - la prééminence de la Constitution*

a - Explication

- en raison d'un critère organique : elle émane d'un organe supérieur à tous ceux qui ont qualité pour édicter des règlements juridiques
- en raison d'un critère philosophique : elle cristallise l'idée du pacte social
- en raison d'un critère institutionnel : elle représente la clé de voûte de l'ordonnement juridique fixant les compétences des différentes autorités de l'Etat

× *La pyramide des normes juridiques -*

- la Constitution
- les traités internationaux et les lois communautaires
- les lois organiques
- les lois ordinaires - votées par le Parlement, décisions du Président de la République à objet législatif selon l'article 16 de la Constitution, ordonnances du gouvernement après ratification en application de l'article 38 de la Constitution et les lois référendaires aux termes de l'article 11 de la Constitution
- les décrets autonomes du Premier ministre : article 37 de la Constitution et les décisions du Président de la République à objet réglementaire selon l'article 16 de la Constitution

- les arrêtés interministériels ou ministériels
- les arrêtés préfectoraux
- les arrêtés municipaux

✕ *Principe - chaque catégorie inférieure est subordonnée à la catégorie supérieure qu'elle est tenue de respecter*

#### b - Conséquences

le contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel<sup>7</sup>

✕ *Principe - le contrôle de constitutionnalité des lois est confié à un organe unique et spécialisé car en France, les tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois, considérant que le législateur est souverain, une loi ne peut être susceptible d'être irrégulière dès lors qu'elle émane de l'autorité qualifiée*

✕ L'organisation du Conseil constitutionnel - création par la Constitution de 1958

✕ Composition du Conseil constitutionnel -

le Conseil constitutionnel se compose de deux catégories de membres -

- les membres de droit

les membres de droit sont les anciens présidents de la République, membres à vie

le Conseil constitutionnel estime qu'ils sont éligibles à la députation en l'absence de disposition contraire et expresse - 7 novembre 1984 à propos de l'élection de M. Giscard d'Estaing, député de la 2<sup>e</sup> circonscription du Puy de Dôme mais l'élection d'un membre de droit au Parlement fait obstacle à ce que celui-ci siège au sein du Conseil constitutionnel

- les 9 membres nommés

3 nommés par le Président de la République

3 nommés par le Président de l'Assemblée nationale

3 nommés par le Président du Sénat

le Président du Conseil constitutionnel est nommé par le Chef de l'Etat qui le prend à son gré parmi les membres de droit ou les membres nommés

mandat de 9 ans, renouvelable par tiers tous les trois ans afin de ménager un équilibre politique

✕ La compétence du Conseil constitutionnel -

Outre le contrôle de constitutionnalité, la fonction du Conseil constitutionnel vise à assurer le respect de la Constitution dont -

- le contrôle des opérations électorales
- le contrôle du statut des parlementaires
- le conseil du Président de la République lorsque celui-ci doit assurer le fonctionnement régulier des institutions dans les circonstances exceptionnelles - articles 16 et s. de la Constitution - et le conseil du gouvernement pour l'organisation du référendum - Ordonnance organique 1958, articles 46 et 47
- les pouvoirs de décision pour constater l'empêchement du Président de la République ou la force majeure pouvant retarder son élection - article 7 de la Constitution

✕ Relativement au contrôle de constitutionnalité -

le Conseil constitutionnel dispose **d'une compétence d'attribution concernant le contrôle des domaines respectifs de la loi et du règlement** et le contrôle **de la constitutionnalité des textes** - engagements internationaux, règlements des assemblées, lois...

- le contrôle des compétences normatives

l'inconstitutionnalité peut résulter d'un problème de séparation entre le domaine législatif et le domaine réglementaire

---

<sup>7</sup> Voir Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Collection Connaissance du droit.

la Constitution prévoit deux procédures pour la seule protection du pouvoir réglementaire  
. *l'irrecevabilité* - article 41

✕ *Définition* - moyen employé par le Gouvernement pour s'opposer à la prise en considération d'une proposition de loi ou d'un amendement contraire à une disposition constitutionnelle

si au cours de la procédure législative, il apparaît que l'Assemblée va régir une matière qui n'appartient pas au domaine de la loi, le gouvernement peut opposer **l'irrecevabilité** qui fait obstacle à la poursuite des débats

l'incident est alors vidé par le Conseil constitutionnel à la requête, soit du Président de la République, soit du Président de l'Assemblée nationale

. *la délégalisation* - article 37

dans cette hypothèse, le gouvernement veut régir une matière dans laquelle existe déjà une disposition législative intervenue après 1958 mais il n'a pas le pouvoir de la modifier ou de l'abroger directement par décret

le Conseil constitutionnel doit au préalable déclarer que cette matière appartient bien au domaine réglementaire

• le contrôle du contenu normatif - *l'inconstitutionnalité peut résulter d'un problème de non conformité du contenu de la norme aux règles posées par la Constitution*

. *les lois organiques* - article 61 al.1 : les lois organiques doivent avant leur promulgation ou leur mise en application être déférées obligatoirement au Conseil constitutionnel tenu de se prononcer sur leur conformité à la Constitution - délai de 1 mois

. *les traités internationaux* - article 54 : le Conseil constitutionnel peut être saisi de la question de savoir si une clause d'un traité n'est pas contraire à la Constitution

le recours est formé avant le vote de la loi de ratification

l'autorisation de ratification ne peut être donnée qu'après la révision de la Constitution si la disposition du traité est contraire à la Constitution

. *les lois ordinaires* : les lois ordinaires ne relèvent du Conseil constitutionnel que sur recours exprès, à l'initiative du Président de la République, du Premier ministre, des Présidents des deux chambres et depuis la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 soit à 60 députés, soit à 60 sénateurs

. le contrôle ne peut être déclenché qu'après le vote de la loi pendant le délai de promulgation de 15 jours qui est alors suspendu

. le Conseil constitutionnel se prononce dans le délai de 1 mois - décision non susceptible de recours et publiée au Journal officiel

✕ le contrôle de légalité -

La supériorité de la loi sur le règlement est assurée par diverses procédures dont disposent les particuliers.

• l'exception d'illégalité

✕ *Définition*

. *droit administratif* : moyen de défense, procédure par lequel une partie allègue, en cours d'instance, l'illégalité de l'acte administratif qui lui est opposé

. *droit pénal* : moyen de défense invoqué par un prévenu, devant une juridiction répressive, tendant à démontrer que l'acte administratif sur lequel est fondée la poursuite n'est pas conforme à une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure

le juge pénal devra se borner à rejeter des débats le texte jugé illégal

✕ *Principe* - l'exception d'illégalité peut être appréciée par n'importe quelle juridiction administrative

l'exception d'illégalité ne tend pas à l'annulation du règlement illégal au profit de tous mais **permet à un particulier de se défendre individuellement à l'occasion d'un procès**, en faisant valoir que le texte invoqué contre lui est en contradiction avec la norme supérieure

✕ *Principe* - l'exception d'illégalité peut être appréciée par les juridictions judiciaires sous certaines conditions

× Conséquences

- devant les juridictions civiles

. les juges, en raison de la séparation des pouvoirs qui interdit au pouvoir judiciaire de connaître des actes du pouvoir exécutif, ne peuvent trancher

. la question est pour eux **préjudicielle**, elle les oblige à **surseoir à statuer sur le fond du litige et à renvoyer l'examen de la question de légalité devant les juridictions administratives**

. le règlement prétendu illégal doit intéresser la liberté des particuliers, l'inviolabilité de leur domicile ou le droit de propriété

- devant les juridictions répressives

. le Tribunal des conflits, dès un arrêt du 5 juillet 1951, pose le principe que **tout juge répressif avant de condamner à une peine portée par un règlement a le pouvoir d'interpréter celui-ci et d'en apprécier la légalité**

. l'article 111-5 du nouveau Code pénal : "Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès qui leur est soumis"

- le recours pour excès de pouvoir

× *Définition - recours juridictionnel dirigé, en vue de les faire annuler pour cause d'illégalité, contre des actes unilatéraux émanant, soit d'une autorité administrative, soit d'un organisme privé agissant dans le cadre d'une mission de service public*

*on distingue 4 cas : l'incompétence de l'auteur de l'acte, le vide de forme affectant des formalités substantielles, le détournement de pouvoir, la violation de la loi "comprise comme une illégalité relative aux motifs ou à l'objet même de l'acte"*

le recours pour excès de pouvoir si l'acte est irrégulier conduit à ***l'annulation erga omnes*** du texte incriminé - condition d'action : 2 mois suivant la publication du texte

- le recours en annulation

le recours en annulation permet une critique de la légalité par voie d'action

### **B/3. LES ORGANES DE CONTROLE**

Différents organes disposent d'une compétence de contrôle.

a- Le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat, degré supérieur de la juridiction administrative.

× La composition du Conseil d'Etat -

- le personnel de carrière - des auditeurs, des maîtres des requêtes, des conseillers d'Etat, des présidents de sous-section, des présidents de section, le vice-président, soit environ 200 membres

- les conseillers en service extraordinaire choisis "parmi les personnalités qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale", nommés pour une durée de 4 ans

- la présidence du Conseil d'Etat est assurée par le Premier ministre et par suppléance au Garde des Sceaux

× L'organisation du Conseil d'Etat - fractionnement en plusieurs sections se répartissant en deux catégories -

- les formations administratives : 5 sections administratives - finances, intérieur, travaux publics, section sociale, section du rapport et des études

- les formations contentieuses : dix sous-sections

. la sous-section instruit le dossier et si l'affaire est simple rend elle-même la décision

. le contentieux peut être évoqué devant deux sous-sections si les circonstances de l'affaire l'exigent

. appel à des formations plus larges pour les questions complexes soit pour des raisons politiques, soit pour des raisons juridiques

× *Principe - la collégialité*

× *Tempérament - le Conseil d'Etat connaît certaines applications du juge unique*

× La compétence du Conseil d'Etat -

Le Conseil d'Etat est juge et conseil

• le Conseil d'Etat conseil

*en matière législative*, le Conseil d'Etat intervient obligatoirement dans deux hypothèses

. pour les projets de loi qui, ayant été délibérés en Conseil des ministres, doivent lui être soumis pour avis

. pour les ordonnances que prend le gouvernement dans le cadre d'une loi d'habilitation *en matière réglementaire*, relèvent du Conseil d'Etat :

. les règlements d'application destinés à compléter une loi si la loi précise que les décrets seront pris en Conseil d'Etat

. les règlements modifiant une loi antérieure votée dans une matière devenue réglementaire

• le Conseil d'Etat juge

en temps que juridiction, le Conseil d'Etat cumule une compétence de premier degré, une compétence d'appel et une compétence de cassation

- juge de première instance

× *Principe - compétence d'attribution en premier et dernier ressort*

Application

• les recours pour excès de pouvoirs contre les décrets réglementaires et individuels

• les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République

• les recours contre les actes administratifs dont le champ d'application dépasse le ressort d'un seul tribunal administratif

• les recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires des ministres et les actes des ministres pris obligatoirement après avis du Conseil d'Etat

• les recours en interprétation ou en appréciation de légalité...

- juge d'appel

× *Principe - compétence d'attribution*

depuis la loi du 31 décembre 1987, les cours administratives d'appel jugent en appel et le Conseil d'Etat ne dispose plus que d'une compétence d'attribution

Application

• les recours en appréciation de la légalité • les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales • les recours en déclaration d'inexistence - juge de cassation

× *Définition - le recours en cassation permet de censurer le vice de forme ou le vice d'incompétence ou la mauvaise interprétation de la loi observée dans la décision attaquée*

× *Principe - le Conseil d'Etat a pour fonction unique de rétablir la légalité de la décision juridictionnelle, en l'annulant si elle est illégale et en renvoyant le jugement de l'affaire à une juridiction de même nature et même degré*

Application

• les recours dirigés contre les décisions des juridictions administratives spéciales rendues en premier et dernier ressort ou en dernier ressort

• les recours contre les arrêts des cours administratives d'appel ...

b - La Cour administrative d'appel - création du législateur du 31 décembre 1987

. loi 1<sup>er</sup> janvier 1990 : les magistrats administratifs relèvent désormais du ministre de la Justice

× La compétence de la Cour administrative d'appel -

• le contentieux de pleine juridiction contre les jugements des tribunaux administratifs

• le contentieux de l'excès de pouvoir des actes réglementaires et des actes non réglementaires

- le jugement des commissions du contentieux de l'indemnisation des Français dépossédés de leurs biens situés dans un territoire autrefois placé sous l'autorité de la France

c - Le tribunal administratif – juridiction interdépartementale

× La composition du tribunal administratif -

- un Président
  - les conseillers sont recrutés parmi les diplômés de l'ENA - nombre variable
- un des conseillers, désigné chaque année par décret du Président de la République, remplit les fonctions de commissaire du gouvernement et expose en toute indépendance à la formation de jugement ses conclusions sur les circonstances de fait et les règles de droit applicables

× L'organisation du tribunal administratif -

. le tribunal peut statuer en formation plénière ou se réunir en chambre du rapporteur, complétée par les vice-présidents du tribunal

le tribunal de Paris connaît un régime particulier en raison de l'abondance des affaires

× *Principe - la collégialité*

× Tempérament -

- la loi du 8 février 1995 introduit le juge unique : le président ou son délégué, s'il a le grade de premier conseiller, est compétent pour statuer en audience publique sur une dizaine de contentieux - en matière de pensions, de redevance audiovisuelle, d'impôts locaux, de bâtiments menaçant ruine, contraventions de grande voirie, mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour refus d'accorder le concours de la force publique dans l'exécution d'une décision de justice, mise en jeu de la responsabilité d'une collectivité publique
- le président du tribunal peut par ordonnance rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence administrative, rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance, statuer sur les requêtes relevant d'une série présentant des questions identiques à celles déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée
- le président peut prononcer par ordonnance la suspension pour trois mois au plus de l'exécution d'une décision administrative faisant l'objet d'une demande de sursis à l'exécution, si l'exécution est susceptible de conséquences irréversibles et que la demande fait état d'un moyen sérieux
- le président ou son délégué exerce la juridiction des référés lui permettant de prendre toutes mesures utiles d'expertise, d'instruction ou de constatation, accorde une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable et ordonne, en cas d'urgence, toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal

× La compétence du tribunal administratif : fonction juridictionnelle -

Remarques - le contentieux de la légalité se divise en deux catégories -

- relève du Conseil d'Etat l'examen de la légalité des décrets du Président de la République, des décrets du Premier ministre et des arrêtés ministériels
- relèvent des tribunaux administratifs tous les autres arrêtés

### **II.1.2 LES CONFLITS DE LOIS OU DE REGLEMENTS**

× *Définition - il y a conflit de lois ou de règlements, lorsqu'une même situation est susceptible d'être régie par deux lois ou deux règlements qui diffèrent, qui se succèdent dans le temps ou se rencontrent dans l'espace*

#### **A - LE CONFLIT DANS LE TEMPS**

Exposé - la difficulté naît du fait qu'une question juridique, régie par une loi, est soumise par une loi nouvelle qui abroge la précédente, à des règles différentes.

Trois solutions -

- la prévalence de la loi nouvelle
- celle-ci abolit les effets déjà produits dans le passé par la loi ancienne et régit la situation

juridique en cause dès sa naissance ; elle est alors rétroactive

- la survie de la loi ancienne

la situation juridique créée sous l'empire d'une loi continue à être soumise à la loi ancienne

- l'effet immédiat de la loi nouvelle

d'un côté, la loi ancienne gouverne la situation juridique créée sous son empire et la loi nouvelle, dès sa mise en vigueur, s'empare de la situation juridique existante, soit pour la faire disparaître, soit pour lui conférer d'autres conséquences de droit

× *Principe - l'effet immédiat de la loi nouvelle*

la loi nouvelle va régir non seulement les situations juridiques créées après sa promulgation mais aussi les situations établies et les rapports formés antérieurement à sa naissance qui sont en cours d'exécution

Application

- droits acquis et simples expectatives

× *Définition - un droit acquis est un droit définitivement entré dans le patrimoine*

× *Principe - intangibilité des droits acquis*

le droit acquis sous l'empire d'une loi ne peut pas être modifié ou supprimé par une loi nouvelle

× *Définition - une expectative est une espérance qui peut disparaître par la volonté d'autrui*

× *Principe - la loi nouvelle s'applique et l'expectative disparaît*

- création de droits et effets à venir

× *Principe - les effets futurs des situations juridiques nées antérieurement tombent sous l'autorité de la loi nouvelle*

× *Tempérament - les exceptions au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle*

- la rétroactivité

× *Définition - la rétroactivité consiste à faire gouverner par la loi nouvelle les effets à venir, l'établissement et les conséquences passées des situations juridiques nées avant sa mise en vigueur*

l'article 2 du Code civil condamne la rétroactivité des lois mais rien n'empêche le législateur de faire des lois rétroactives

- la postativité

× *Définition - la postativité soumet à la loi ancienne les effets futurs des droits antérieurement créés ou des situations préexistantes*

Application -

- le droit des contrats : le contrat est régi sous l'empire de la loi en vigueur lors de sa création

## **B. LES CONFLITS DANS L'ESPACE**

Différents conflits dans l'espace existent.

### **B/1. LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANÇAISE ET LA LOI ÉTRANGÈRE**

Quelle loi soumettre une situation présentant un élément d'extranéité?

a - La loi territoriale

× *Principe - locus regit actum - le lieu régit l'acte*

Application

- elle régit tous les habitants du territoire, indépendamment de toute considération de personne - ex : la loi pénale française s'applique à toute infraction commise en France même par des étrangers

- elle régit tous les biens immeubles et meubles situés en France - ex : le bien relève de la loi en vigueur du lieu de situation du bien

b - La loi personnelle

× *Principe - le statut intéressant la personne est régi par la loi nationale - cette déduction vise uniquement les Français*



## **B/2. LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANCAISE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE ORIGINAIRE**

a - Exposé - hypothèse d'une loi contraire, postérieure au traité

. **la jurisprudence des Semoules<sup>8</sup>** : le Conseil d'Etat a d'abord répudié la supériorité du traité sur la loi postérieure, estimant qu'il ne lui appartenait pas d'écarter une loi postérieure contraire à un traité, en raison de son refus de violer le principe de la séparation des pouvoirs, le rôle du juge étant l'application de la loi et le refus d'empiéter sur les attributions du Conseil constitutionnel

. **le revirement de jurisprudence avec l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989** : le Conseil d'Etat, appréciant la validité d'une loi par rapport à un traité, fait valoir le dit traité sur la loi postérieure, acceptant d'être juge de la conformité des lois au principe constitutionnel de l'article 55, étant entendu qu'une loi qui méconnaît un traité est nécessairement une loi qui enfreint le principe posé par l'article

b - Les raisons du renversement de la jurisprudence

- la nécessité de combler un vide juridique né du refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité de la loi au traité
- la nécessité de mettre un terme à la divergence de jurisprudence entre la cour judiciaire qui applique le traité et la cour administrative qui applique la loi
- la nécessité d'ouvrir l'ordre interne à la suprématie de la norme communautaire

### **II.2 LA JUSTICE ET LA JURISPRUDENCE**

L'autorité publique édicte les normes nécessaires au gouvernement de la société et procède à la solution des conflits qui opposent les particuliers soit entre eux, soit à l'administration : c'est *la fonction de justice* où le juge est appelé à donner une interprétation de la règle juridique en appliquant la norme au cas concret.

#### **A - DIFFERENTS MODES DE SOLUTIONS**

Toute situation conflictuelle ne déclenche pas obligatoirement l'intervention de la justice d'Etat.

- la conciliation

× *Définition - phase préalable de certains procès, au cours de laquelle le juge essaie d'amener les plaideurs à un règlement amiable* – art. 21 NCPC mission du juge : conciliation des parties

- la médiation

× *Définition - procédure dont l'objet est d'offrir des dispositions d'arrangement que les parties restent libres d'accepter ou de refuser*

. en droit public, l'institution est représentée par le Médiateur mise en place par la loi du 3 janvier 1973 sur le modèle suédois de l'Ombudsman, devenu Médiateur de la République par la loi du 13 janvier 1989

. sa mission est de pallier le mauvais fonctionnement de l'Administration dans ses rapports avec les particuliers en présentant des recommandations aux pouvoirs publics

. la loi du 12 avril 2000 lui reconnaît un pouvoir d'auto-saisine grâce auquel il peut proposer une réforme indépendamment de toute réclamation

- la transaction

× *Définition - l'article 2044 du Code civil : la convention par laquelle les parties au moyen de concessions réciproques terminent une contestation née ou préviennent une à naître dans le futur*

- l'arbitrage

× *Définition - procédure de règlement des litiges par recours à une ou plusieurs personnes privées appelées arbitres*

---

<sup>8</sup> CE Sect.1<sup>er</sup> mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, AJ 1968, p. 235 conclusion

N. Questiaux. Consécration durable de cette solution : CJCE 9 mars 1978 Simmenthal, AJ 1978, p. 323, note

J. Boulouis et Ch. Mixte 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, AJ 1975, p. 567 note J. Boulouis.

. l'arbitrage est **une justice privée** dans la mesure où l'arbitre est investi du pouvoir de statuer - il doit exercer selon les règles de droit

. l'arbitrage nécessite l'accord des parties, appelé **compromis** si le litige est déjà né et **clause compromissoire** si on envisage l'éventualité d'un litige

. la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de la chose jugée mais elle n'a pas la force exécutoire qui ne peut procéder que de l'Etat : il faut solliciter du juge **une ordonnance d'exequatur**

- le recours administratif

× *Définition - par opposition au recours juridictionnel porté devant les tribunaux, recours porté devant l'administration elle-même en vue de faire annuler un acte prétendu illégal ou de demander une réparation pécuniaire*

en droit public, il est fréquent que le citoyen s'adresse à l'Administration pour demander **l'abrogation - suppression pour l'avenir** - ou **le retrait - annulation rétroactive** de l'acte faisant grief - avant de saisir la juridiction administrative

## **B - LE SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE**

Le service public de la justice présente des caractères principaux d'importance.

- la gratuité

. le plaideur n'a pas à payer le juge, rétribution par l'Etat

. les actes de justice sont dispensés des droits de timbre et d'enregistrement, des redevances de greffe et autres taxes et le plaideur rémunère uniquement les services des auxiliaires de justice

- la continuité

l'année judiciaire est calquée sur l'année civile

- la décentralisation

la justice est répartie sur l'ensemble du territoire

- la pluralité des ordres de juridiction

. l'ordre administratif peut seul connaître des litiges dans lesquels l'Administration est en cause - **loi des 16-24 juillet 1790 sur la séparation des pouvoirs**

. l'ordre judiciaire statue sur les contestations entre particuliers

## **C - LES DECISIONS JUDICIAIRES**

× Evolution de l'acceptation du terme "judiciaire"

- à Rome, il désigne l'activité pratique et doctrinale des jurisconsultes

- dans l'Ancien Régime, il désigne les décisions judiciaires et est aussi synonyme de connaissance et de science du droit

- de nos jours, il désigne l'ensemble des décisions de justice

× *Problématique* - comment dégager une norme à partir d'une telle diversité ? comment avoir accès à ces documents ? le terme de jurisprudence ne s'attache qu'aux questions strictes de droit et implique **la répétition d'une solution identique dans les espèces analogues**

a - La distinction : arrêt de principe / arrêt d'espèce

- les arrêts de principe s'évadent des contingences de la cause, donnent **une interprétation de la règle de droit selon une formulation générale qui lui donne faculté à régir d'autres situations**

- les arrêts d'espèce, dominés par des considérations de fait, se bornent à **une application circonstancielle de la norme s'abstenant** de traiter la question de droit dans toute sa dimension

b - Les outils nécessaires à la connaissance de la jurisprudence

- les recueils officiels : le bulletin des arrêts de la Cour de cassation et divers recueils comme le Sirey, absorbé par le Dalloz en 1965, la Semaine juridique ou Jurisclasseur périodique, la Gazette du Palais

- les revues spécialisées diverses : AJDA en droit administratif, Revue de droit public et de science politique, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat ou dit recueil Lebon... Revue trimestrielle de droit civil, Répertoire du notariat Defrénois...

c - La formation de la jurisprudence

× *Définition - la décision judiciaire est une mesure individuelle réglant un cas particulier à laquelle manque le caractère de généralité pour la classer parmi les règles de droit*

× Trois éléments permettent le passage du jugement à la jurisprudence considérée comme source de droit –

- la motivation - le juge expose la signification qu'il donne au texte de loi sur lequel il appuie sa décision, les déductions logiques que ce texte paraît comporter et décrit le raisonnement juridique qui détermine sa conviction
- le précédent - le juge a tendance à être placé sous la loi de l'imitation qui favorise le sentiment d'une continuité nécessaire du droit
- la hiérarchie - on utilise les degrés de juridiction supérieure afin de ramener le droit à l'unité

d - L'autorité de la jurisprudence

Certains auteurs comme Esmein, Dupeyroux y voient une source droit mais d'autres lui dénie tout pouvoir créateur de droit.

- le juge n'est pas du point de vue formel une autorité qualifiée pour poser des règles de droit

. l'article 5 du Code civil : "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises"

. l'article 1351 du Code civil : "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité"

- la reconnaissance de facto du pouvoir normatif de la jurisprudence

. si elle n'est pas une source de droit, elle revêt une importance dans la construction du système juridique car le juge doit souvent interpréter la loi pour trouver la solution d'un litige

. confronté au vide législatif, il doit selon l'article 4 du Code civil statuer - "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »

. la norme inventée ne vaudra que pour l'espèce mais servira de précédent

### **II.3 LA COUTUME**

Coexistence avec la loi et le règlement, la justice et la jurisprudence de la coutume.

× *Définition - règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics mais qui est issue d'un usage général et prolongé*

#### **A - ELEMENTS ET CARACTERES CONSTITUTIFS**

- *élément matériel* : usage général et prolongé
- élément psychologique : l'*animus* qui réside dans la croyance au caractère obligatoire de la norme coutumière
- *caractère informel* : orale ou mise par écrit, elle provient de faits accomplis dans l'intention de créer une règle
- *caractère notoire* : elle ne fait pas l'objet de publicité et n'a pas à être prouvée

#### **B - L'AUTORITE DE LA COUTUME**

Diverses solutions se présentent – à noter qu'elle ne peut déroger à la loi.

- l'autorité incontestée

. coutume *secundum legem* - la coutume a parfois la fonction de complément de la loi

. coutume *supra legem* - la coutume s'élève au-dessus des dispositions légales, elle s'érige en principe général doté d'une supralégalité

- l'autorité contestée
  - . la coutume *extra legem* : les auteurs s'accordent à admettre que la coutume malgré l'absence de tout texte législatif constitue une source autonome du droit en raison du fait que l'existence d'une coutume donnant satisfaction a pu détourner le législateur d'intervenir et en raison de la sécurité juridique de la coutume
  - . la coutume *contra legem* : de nombreuses lois restent inappliquées car contraires aux habitudes et usages - prééminence sur la loi parce qu'émanant d'un organe habilité ayant reçu pouvoir à cet effet de la Constitution

## DEUXIEME PARTIE

### LE DROIT SUBJECTIF

× *Définition - on appelle droit subjectif, la prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation*

Application

- le droit de propriété, à savoir le pouvoir reconnu par la loi à une personne déterminée sur une chose définie ; l'on est alors en présence d'un droit personnel car attaché à la personne
- le droit de l'inventeur ou de l'auteur d'exploiter sa création, propriété incorporelle considérée comme un droit intellectuel
- les droits extrapatrimoniaux tels le droit au nom, le droit au respect de la vie privée ou le droit de vote

#### I. LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF

La notion de droit subjectif s'articule autour de deux grands axes -

. le terme « droit » renvoie à une analyse des prérogatives juridiques

. le terme « subjectif » appelle une étude de la personnalité juridique des sujets de droit.

##### I.1. LES PREROGATIVES JURIDIQUES

L'expression « avoir un droit » est souvent usitée, à tort ou à raison, dans le langage courant pour qualifier des situations juridiques diverses telles que « avoir le droit de propriété », « avoir le droit de se marier », aussi est-il nécessaire de dégager l'idée de droit subjectif d'autres notions juridiques.

Application

*En ce qui concerne le droit en voie de formation*

- le droit subjectif et la liberté

× *Définition - la liberté juridique consiste dans le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi - le droit subjectif au seuil de sa formation est assujéti à des conditions diverses telles les exigences légales du consentement, de capacité...*

× *Principe - la liberté est acquise à tout individu, telle la liberté de contracter ou de ne pas contracter - cette analyse conduit à conclure que le droit a un objet déterminé alors que la liberté est neutre et ne représente qu'une série de virtualités*

- le droit subjectif et la faculté

× *Définition - la doctrine considère la faculté comme une possibilité d'options en vue de la création d'une situation juridique ; elle peut être accordée par la loi et permet à son bénéficiaire de choisir et de faire naître ou d'empêcher de faire naître une situation juridique : ainsi la victime d'un dommage peut-elle demander réparation du préjudice subi soit devant la juridiction répressive accessoirement à l'action publique, soit devant la juridiction civile*

*En ce qui concerne le droit positif*

- le droit subjectif et la fonction

× *Définition - Roubier considère la fonction comme « un poste de service dans la société, qui consiste à mettre son activité à la disposition du public pour une tâche déterminée », soit directement, soit dans le cadre d'une organisation collective publique ou privée*

Distinction - la fonction indépendante détermine un véritable droit sur la fonction à l'exemple du notaire dont l'office fait l'objet d'une véritable propriété - la fonction dépendante n'est qu'un emploi

- le droit subjectif et le pouvoir

× *Définition - le pouvoir est une ingérence dans la sphère juridique d'autrui*

. Roubier le définit : « En d'autres termes, les fonctions des êtres collectifs et les pouvoirs que leurs organes sont amenés à exercer ne suppriment aucunement les droits de propriété, mais introduisent seulement des rapports juridiques supplémentaires dans l'organisation de la propriété ; à côté du droit subjectif existant sur la tête de la personne morale, il y aura à régler les pouvoirs des organes de la collectivité dans les rapports de celle-ci avec les tiers, et encore les rapports particuliers entre la collectivité et ses membres »

. le pouvoir est matérialisé par un lien tel celui qui existe entre les gouvernants et les gouvernés, les père et mère et leur enfant dans le cadre de l'autorité parentale

#### *Le rapport du droit subjectif et de l'obligation juridique*

- le droit et le devoir

× *Définition - l'obligation juridique est une obligation légale issue des dispositions formelles de la loi ou du règlement*

× *Principe - l'article 544 du Code civil pose le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*

. néanmoins le propriétaire assume des devoirs comme l'acquittement de taxes... les servitudes de voisinage ; à noter que la création d'un droit peut aussi résulter de la violation d'un devoir : une action en réparation d'un dommage subi crée un droit de créance à l'encontre de l'auteur du dommage

## **I.2. LA PERSONNALITE JURIDIQUE**

La personnalité juridique est liée au corps de l'individu et non à sa conscience ou à sa volonté ; en général, tout être humain est sujet de droit.

× *Définition - la qualité de sujet de droit est une aptitude, une possibilité d'avoir des droits subjectifs ou d'être tenu de certaines obligations*

### **I. 2.1 LA PERSONNALITE JURIDIQUE DES PERSONNES PHYSIQUES**

La personnalité juridique des personnes physiques est un élément fondamental d'appréhension du droit des personnes.

#### **A - L'EXISTENCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE**

La personnalité juridique s'illustre par sa naissance et son terme.

##### **A/1. LA NAISSANCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE**

× *Principe - le principe est que la naissance marque le début de la personnalité juridique*

. jusqu'à sa naissance, l'enfant est **pars viscerum matris**, à savoir, partie intégrante du système biologique de la mère

. l'enfant n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir de la section du cordon ombilical qui lui donne son autonomie mais il faut aussi réunir deux conditions : **que l'enfant naisse vivant et viable** (vivant donc exclusion de l'enfant mort-né, la viabilité représente le *plerumque fit* est dès que l'enfant donne signe de vie, mourrait-il peu après).

× *Dérogation - la naissance n'est pas toujours la condition nécessaire car on considère l'enfant comme une personne dès sa conception chaque fois qu'il y va de son intérêt sous la condition qu'il naisse ensuite vivant et viable : infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.*

Jurisprudence de la Cour de Cassation 6 février 2008, la première chambre civile de la Cour précise dans cet arrêt le statut des enfants nés sans vie. Depuis la loi du 8 janvier 1993 instituant l'article 79-1 du Code civil, les enfants nés sans avoir vécu peuvent être déclarés à l'officier d'état civil, lequel établit alors un acte d'enfant sans vie. Cet acte permet d'attribuer des prénoms à l'enfant, de désigner ses parents, de l'inscrire sur le livret de famille à titre de simple mention administrative.

## **A/2. LE TERME DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE**

× *Principe - la mort met fin à la personnalité juridique*

le droit ne prend en compte que la mort naturelle bien qu'il existe des prolongements *post mortem* illustrés notamment par la punition des diffamations ou injures à la mémoire des morts

× Tempérament -

- l'absence

× *Définition - l'absence caractérise la situation de l'individu « qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu des nouvelles » aux termes de l'article 112 du Code civil.*

. la présomption d'absence est une phase d'attente pendant laquelle la loi parie sur la vie et réserve les droits de l'absent

. le juge des tutelles, saisi à la demande de tout intéressé ou du ministère public, constate la présomption d'absence et désigne d'après l'article 113 du Code civil une ou plusieurs personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits

. cette présomption d'absence prend fin dès lors que le présumé reparaît ou donne de ses nouvelles ou lorsque la preuve de son décès est rapportée

. si l'incertitude persiste, en cas d'absence de fait nouveau, le tribunal de grande instance est compétent pour déclarer l'absence qui met fin juridiquement à l'incertitude

. l'article 128 du Code civil dispose que « le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus »

. dans l'hypothèse du retour de l'absent, toute partie intéressée ou le ministère public peut poursuivre l'annulation : celle-ci n'a pas d'effet rétroactif

. le mariage et le régime matrimonial demeurent dissous et l'absent recouvre dans l'état où ils se trouvent les biens ou valeurs qui lui ont été subrogés, sauf si la déclaration d'absence a été obtenue par fraude

- la disparition

× *Définition - la disparition vise la personne dont le corps n'a pas été retrouvé mais qui était exposée à un péril la dernière fois où elle a été vue*

. le tribunal de grande instance peut être saisi par tout intéressé ou le ministère public afin de jugement déclaratif de décès en fixant la date du décès

. le disparu connaît le même sort que le reparu

## **B - L'ETAT ET LA CAPACITE DES PERSONNES**

× L'état des personnes présente plusieurs constantes d'importance -

- l'indivisibilité - caractère de ce qui ne peut être divisé : un individu ne peut avoir deux états différents

- l'indisponibilité

caractère de ce qui n'est pas disponible : la loi seule et non la volonté détermine impérativement les modes de constitution et les modes d'extinction de l'état

- l'imprescriptibilité

caractère de ce qui n'est pas prescriptible : en principe, il disparaît avec la personne mais le principe connaît des exceptions illustrés principalement par l'article 316 du Code civil qui réserve un délai de 6 mois pour l'exercice en désaveu et l'article 318-1 du Code civil relative à la contestation de paternité

× Certains individus bien que pourvus de la personnalité juridique sont privés de la jouissance de certains droits subjectifs -

- les incapacités de protection

elles tendent à garantir l'intégrité du consentement et à protéger contre les emportements irréfléchis telles l'interdiction au mineur de 16 ans de faire son testament

- article 904 du Code civil

- les incapacités de suspicion

elles visent à prémunir contre les abus d'influence... les tentatives de captation, exemple l'interdiction pour le malade de gratifier le personnel médical qui lui a prodigué des soins au cours de la maladie dont il est mort - article 909 du Code civil

- les incapacités de sanction

elles poursuivent un but répressif et accompagnent une condamnation en matière pénale comme l'interdiction des droits civiques, civiles et de famille

× Certaines personnes bien que disposant de la jouissance des droits ne peuvent les exercer elles-mêmes -

- le mineur

le mineur accède à la pleine capacité juridique, réserve faite de la pratique du commerce, par son émancipation, résultant automatiquement de son mariage ou d'une décision du juge des tutelles à la demande de l'un des parents ou des deux si le dit-mineur a atteint l'âge de 16 ans révolus - articles 476 et s. du Code civil

- le majeur

lorsqu'une altération de ses facultés personnelles le met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ou lorsque par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, il s'expose à tomber dans le besoin et compromet l'exécution de ses obligations familiales

La loi prévoit trois régimes de protection -

- la tutelle s'applique quand le majeur nécessite d'être représenté de manière continue: le tuteur agit à sa place et pour son compte - article 492 du Code civil
- la curatelle considère le majeur qui nécessite conseil ou contrôle : il peut faire seul les actes de la vie courante mais il lui faut l'assistance d'un curateur qui participe aux actes les plus importants - article 508 du Code civil
- la sauvegarde de justice où la personne protégée conserve sa pleine personnalité et gère son patrimoine ; elle a pour effet d'ouvrir aux deux actions spéciales que sont l'action en rescision pour lésion quand l'intéressé traite dans des conditions désavantageuses et l'action en réduction pour excès lorsque l'achat fait au juste prix relève de la prodigalité - article 491-2 du Code civil.

### **I.2.2 LA PERSONNALITE JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES**

La personnalité morale est le seul moyen d'assurer la réalisation du but poursuivi en commun.

#### **A - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA PERSONNALITE MORALE**

##### **A/1. RECONNAISSANCE PAR LE LEGISLATEUR**

Bien que certains groupements ne soient pas reconnus et ne s'inscrivent dans aucun cadre légal, le législateur en reconnaît certains autres.

a - Les personnes morales de droit public

l'Etat, les régions, les départements, les communes ; les établissements publics – organismes chargés d'un service public que la loi érige en entités autonomes, dotées d'un budget propre et d'une gestion propre, ainsi les hôpitaux, les universités, les chambres de commerce et d'industrie... l'Office national des forêts

b - Les personnes morales de droit privé

Les personnes morales de droit privé se caractérisent par leur grande diversité.

les associations – définies par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901

× *Définition - l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que le partage des bénéfices*



✕ *Principe - le principe est la liberté d'association*

On distingue quatre types d'associations -

- *l'association non déclarée* formée par le seul consentement des sociétaires hors toute publicité ou habilitation ; elle ne possède aucune capacité juridique
- *l'association déclarée* formée par le dépôt de ses statuts à la préfecture ou à la sous-préfecture et l'insertion d'un extrait de cette déclaration au Journal Officiel ; elle jouit de la personnalité juridique réduite
- *l'association agréée* dont l'agrément est conféré par arrêté ministériel car son objet statutaire est la défense d'intérêts que le législateur juge dignes d'une protection spéciale; elle bénéficie de la personnalité juridique
- *l'association reconnue* d'utilité publique dont la reconnaissance d'utilité publique elle nécessite un décret en Conseil d'Etat, après enquête et vérification de l'utilité du groupement ; celui-ci lui confère la personnalité juridique

\* les sociétés - selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 juillet 1985 intégré au Code civil aux articles 1832 et s.

✕ *Définition - la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter*

On distingue deux types de sociétés -

. les sociétés commerciales ont toutes la personnalité juridique

le caractère commercial de la société découle soit de leur objet à savoir l'accomplissement d'acte de commerce, soit de leur forme – les sociétés de personnes constituées *intuitu personae* : société en nom collectif, société en commandite ; les sociétés de capitaux : société anonyme, société à responsabilité limitée

. les sociétés civiles dont l'objet n'est pas le commerce dont la société immobilière telles la société immobilière de construction-vente... la société professionnelle pour les professions libérales et les offices publics ou ministériels, la société civile de moyens, la société agricole

\* les syndicats : un dépôt des statuts avec indication du nom des dirigeants à la mairie en province ou à la préfecture à Paris suffit à leur conférer la personnalité juridique depuis la loi du 21 mars 1884

le syndicat doit avoir pour objet unique « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts »

\* les groupements d'intérêt économique : création par l'ordonnance du 23 septembre 1967

. le GIE permet à des personnes, physiques ou morales, de mettre en œuvre tout moyen propre à développer leur activité économique

\* les fondations :

✕ *Définition - la fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif ; elle ne conduit pas toujours à la création d'une personne morale*

c - Les personnes morales de droit mixte

Certaines personnes morales relèvent du droit privé et du droit public et répugnent à être classées dans une des deux catégories précédentes comme la société d'économie mixte où l'Etat détient une part généralement majoritaire du capital ou des entreprises nationalisées.

## **A/2. RECONNAISSANCE PAR LA DOCTRINE**

La doctrine ne reconnaît pas toujours l'existence des personnes morales. Certains auteurs contestent l'existence de la personne morale. L'analyse doctrinale repose sur la thèse de la fiction et les thèses de la réalité.

- la thèse de la fiction

- . cette théorie part du postulat que la personne suppose une existence biologique que seul possède l'être humain, en conséquence pour qu'il y ait personne morale, il faut que l'Etat manifeste sa volonté en ce sens car, lui seul, peut modifier fictivement la réalité des choses

- × Remarque - cette théorie présente une problématique intéressante dans la **mesure où elle fait de la concession de la personnalité juridique une faveur du législateur**, en conséquence, elle ouvre à **l'arbitraire des pouvoirs publics** et conduit à une interprétation restrictive car la condition de personne morale devient variable selon la loi

- les thèses réalistes

- . les thèses de la réalité affirment que **la personne morale est une réalité vivante, préexistante au droit qui l'enregistre**

- . la personnalité juridique doit alors être recherchée dans la notion de droits subjectifs, à savoir d'intérêts juridiquement protégés

- . ainsi la personne morale correspond à **une réalité et prend naissance même dans le silence de la loi**

- la thèse de la jurisprudence

- . la jurisprudence se prononce en faveur de **la théorie de la réalité technique qui reconnaît la personnalité civile à des groupements auxquels la loi ne l'a pas attribuée**

- . ainsi la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1954 affirme que la personnalité morale appartient à tout groupement formé conformément à la loi ayant des organes exprimant la volonté collective, une certaine structure, un but légitime défini

- . il n'est pas nécessaire que la loi déclare que ce groupement est pourvu de la personnalité morale, celle-ci *lui appartient de plein droit à moins que la loi par une disposition expresse lui refuse cette personnalité*

## **B - LE REGIME JURIDIQUE DE LA PERSONNALITE MORALE**

La personne morale est autonome : **la personne morale est un sujet de droit, elle forme une entité cohérente distincte des membres qui la composent.**

- × Principe - le principe d'autonomie

- le principe d'autonomie s'applique au **patrimoine social**

- le principe d'autonomie s'applique également au **droit d'action de la personne morale**

- × Principe - le principe de capacité

- × Tempérament - le principe de capacité est tempéré par la règle de la spécificité qui place l'activité de la personne morale dans la dépendance de son but limitant son fonctionnement aux seules opérations comprises dans son objet social

## **II. LE REGIME DES DROITS SUBJECTIFS**

Les droits subjectifs recouvrent une réalité diversifiée et peuvent faire l'objet de classifications variées.

### **II.1 CLASSIFICATIONS -**

De nombreuses classifications peuvent être présentées : toutes sont opérantes et complémentaires les unes des autres.

## **A - LES DROITS PATRIMONIAUX ET LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX**

Coexistence de ces deux catégories de droits.

## **A/1. LES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX**

✕ *Définition - droits subjectifs qui n'entrent pas directement dans le patrimoine et qui par conséquent ne sont pas dans le commerce juridique ; ils sont incessibles et insaisissables leur titulaire ne peut ni les vendre, ni les donner ou les échanger*

Les droits extrapatrimoniaux sont généralement liés à l'être humain et sont reconnus depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De nombreux textes dont la Convention européenne des droits de l'homme ou la Convention de New-York sont venus renforcer cette protection relative à la personne.

Application -

- le droit à la vie : « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » selon l'article 2§1 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950
- le droit sur le corps : le droit sur le corps implique le respect du corps, le respect du cadavre, l'interdiction des tortures, les coups et violences... pouvoir est reconnu au juge de prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci ; aussi les prélèvements d'organes, de tissus, de cellule et produits du corps pour le service d'autrui sont réglementés par le Code de santé publique
- le droit à la présomption d'innocence : reconnu entre autre par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et renforcé par la loi du 15 juin 2000
- le droit à l'honneur : l'article R 621-1 et 2 définit la diffamation et l'injure comme constitutifs de délits du droit pénal
- le droit à la dignité de la personne : reconnu par la loi du 29 juillet 1994
- le droit au respect de la vie privée : la loi du 17 juillet 1970 inscrit le principe de l'intimité de la vie privée ...

## **A/2. LES DROITS PATRIMONIAUX**

✕ *Définition - droits qui, de part leur valeur pécuniaire, sont dans le commerce juridique et sont susceptibles de transmission d'une personne à une autre*

✕ *Principe - le patrimoine : seule universalité en droit français*

. le patrimoine d'une personne, envisagé comme **l'ensemble des droits et obligations ayant une valeur économique et qui se trouvent dans le commerce juridique, est la seule universalité de droits admise en droit français**

. toute personne est sujet de droit donc apte à acquérir des droits et à assumer des obligations

. le patrimoine est la personnalité juridique projetée au plan économique

✕ *Principe - unicité du patrimoine donc pas de patrimoine sans une personne et pas de personne sans un patrimoine*

Conséquence - la personne étant une et indivisible, l'unicité s'applique à son patrimoine si la succession était insolvable, l'héritier serait ruiné et forcé de payer les dettes du défunt sur ses biens propres

Afin de tempérer cette conséquence -

- l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire
  - . elle permet de distinguer les biens du de cujus de ceux de son héritier
  - . les créanciers du de cujus ne pourront saisir que les biens du défunt
- la séparation du patrimoine
  - . les articles 878 et s. du Code civil permettent aux créanciers du défunt d'être payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier insolvable

✕ *Tempérament - **admission de certaines universalités de fait en droit français***

- les biens successoraux

quelques auteurs dont Mazeaud classe parmi les universalités de fait les biens, lorsque la succession est acceptée **sous bénéfice d'inventaire** ou lorsque les créanciers du défunt invoque le bénéfice de **la séparation des patrimoines**

- les fonds de commerce

le fonds de commerce est composé d'éléments divers -

- . les biens corporels tels les marchandises, le mobilier du local... ou encore le matériel
- . les biens incorporels tels le nom commercial... le droit au bail

× *Principe - le fonds de commerce ne se confond pas avec le patrimoine global du commerçant, il est une universalité de fait, constitué d'une masse de biens ayant un actif propre auquel ne correspond pas un passif distinct*

Conséquence - lorsque le commerçant cède son fonds, il ne peut céder les dettes nées à l'occasion de l'exercice de son commerce, il cède uniquement les éléments actifs

- les fortunes de mer

. la loi du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer contient des dispositions sur la responsabilité de leurs propriétaires

. aux termes de l'article 58, le propriétaire peut limiter sa responsabilité envers ses cocontractants ou les tiers si les dommages se sont produits à bord du navire ou s'ils sont en relation directe avec la navigation ou l'utilisation du navire : le plafonnement s'inscrit dans les limites établies par la Convention interne de Londres du 19 novembre 1976

Selon la doctrine classique du 19<sup>e</sup> siècle et principalement les juristes Aubry et Rau, la notion de patrimoine explique la dévolution successorale des biens et des dettes et la situation juridique des créanciers chirographaires, à savoir les créanciers de sommes d'argent ne bénéficiant d'aucune garantie particulièrement pour le recouvrement de leurs dus.

En cas de décès d'une personne, son patrimoine est dévolu à -

- ses héritiers appelés à sa succession
- ses créanciers : la notion de patrimoine permet la compréhension de l'article 2093 du Code civil qui déclare que les biens, au jour de la poursuite du débiteur, répondent de ses dettes ; ainsi le débiteur peut, avant la saisie, disposer librement de ses biens, ce qui explique l'absence du droit de suite des créanciers chirographaires

## **B - LES DROITS PERSONNELS ET LES DROITS REELS**

Les concepts de droits personnels et de droits réels remontent au droit romain et divers éléments permettent une appréhension facilitée.

### **B/1. LES DROITS PERSONNELS**

× *Définition - le droit personnel permet à une personne d'exiger quelque chose d'une autre personne*

. ce droit suppose un lien entre telle et telle personne

. examiné du côté du titulaire du droit, il figure dans son patrimoine comme un élément actif d'une créance ; vu du côté de celui contre qui ce droit existe, il constitue un élément du passif

. le titulaire du droit ne peut demander l'exécution de la prestation qu'à son débiteur

. le rapport entre le créancier et le débiteur se désigne « obligation », en ce qu'il évoque le lien physique *ob-ligatio* qui a pu unir à l'origine les deux parties

### **B/2. LES DROITS REELS**

× *Définition - le droit réel confère à son titulaire un pouvoir portant directement sur la chose elle-même - res en latin - donc toute personne, autre que le propriétaire, doit respecter les prérogatives du propriétaire sur la chose*

le droit réel est **erga omnes**

- le droit de propriété : principal droit réel

× *Définition - droit réel qui fait de son titulaire le maître de la chose sur laquelle il porte*

. l'article 544 le qualifie d'«**absolu**» et la Cour de cassation lui reconnaît valeur constitutionnelle

. il fait de son titulaire le maître de la chose sur laquelle il **porte mais comporte des limitations prévues par la loi ou les règlements** comme le respect des droits des locataires ... ou les règlements d'urbanisme, les servitudes que l'article 637 du Code civil définit comme étant « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage » - la servitude est créée soit par un acte juridique tel un testament ou un contrat, soit par la loi ; droit réel, elle constitue un droit réel immobilier et perpétuel  
. dans cette catégorie, l'on pourrait insérer le droit de superficie, le bail emphytéotique ou encore le bail à construction

× Certains droits sont des droits réels accessoires en ce qu'ils accompagnent un droit de créance -

- l'hypothèque

× *Définition - l'hypothèque est une sûreté immobilière constituée sans dépossession du débiteur par une convention, la loi ou une décision de justice ; elle constitue un droit réel accessoire grevant un immeuble et constitué au profit d'un créancier en garantie du paiement de la dette*

. elle autorise le créancier non payé à l'échéance à faire saisir et vendre l'immeuble en quelque main qu'il se trouve : **droit de suite** et à se payer sur le prix avant les créanciers chirographaires : **droit de préférence**

. plusieurs hypothèques sur un même immeuble sont possibles : en cette hypothèse, la préférence suit l'ordre chronologique des publications

- le gage

× *Définition - les article 2072 et s. du Code civil le désigne comme une sûreté réelle portant sur un objet mobilier ; il est un contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de la dette*

. il existe des formes de gages spécialisés comme le gage sur véhicules auto, sans dépossession, le droit de suite appartenant au créancier et dont la constitution est objet à publication sur un registre ad hoc au greffe du tribunal de commerce ; le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ; les warrants... le nantissement du droit d'exploitation des logiciels

### **B/3. LES DROITS TANTOT REELS, TANTOT PERSONNELS**

× *Définition - le droit réel est un droit qui porte sur une chose*

× *Définition - le droit personnel est un droit attaché à la personne ; en droit civil, il est synonyme de créance*

a - L'usufruit

× *Définition - droit réel principal, démembrement du droit de propriété, qui confère à son titulaire le droit d'utiliser la chose et d'en percevoir les fruits*

. l'usufruit a pour objet une chose matérielle, immobilière ou mobilière, appartenant à un tiers qui en est le propriétaire ; il constitue un démembrement du droit de propriété, droit viager qui s'éteint à la mort de l'usufruitier

. l'usufruitier possède l'*usus* et le *fructus* tandis que le propriétaire conserve l'*abusus*

. il peut avoir pour objet des créances de sommes d'argent productives d'intérêt

b - L'indivision

× *Définition - l'indivision est l'appartenance d'un même bien à plusieurs personnes*

. droit réel lorsqu'elle concerne des biens corporels, meubles ou immeubles qui avant l'événement qui a créé l'indivision étaient objet d'un droit réel ; elle est susceptible de concerner aussi des créances

### **C - LES DROITS DE PROPRIETE INCORPORELLE**

× *Définition - droits ne portant pas sur une chose corporelle, tels les droits personnels ou les droits intellectuels*

Leur conceptualisation est délicate mais ils gravitent principalement autour de l'idée d'exploitation économique des valeurs et on les trouve dans divers domaines.

a - Le domaine littéraire ou artistique

. l'auteur de l'œuvre a le droit d'exploiter son œuvre pécuniairement, il est seul à pouvoir jouir du droit de reproduction et du droit de représentation

. la loi, relativement aux droits de l'auteur et de l'artiste, dispose que la propriété incorporelle de l'auteur sur son œuvre est indépendante de la propriété de l'objet matériel

. la loi du 3 juillet 1985 consacre le droit moral de l'artiste-interprète

× Le postulat selon lequel l'activité intellectuelle est une propriété incorporelle est unanime - Diderot lui-même écrit que "l'auteur est propriétaire de son œuvre ou alors personne n'est maître de son bien" et Roubier "Le droit d'auteur n'atteint pas un objet stable et défini, mais une production à venir et indéfinie ; c'est un droit en mouvement, de la fortune en formation et non de la fortune acquise alors que la propriété et la créance se classent dans la statique juridique, les droits de clientèle se classent dans la dynamique juridique"

Remarque - la Cour de cassation déclare que « les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés, à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique sous le nom de propriété ; que, loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire »

b - Le domaine des créations scientifiques ou techniques

. l'inventeur peut exploiter son invention et prendre un brevet

. selon l'article L 611-10 al.1 du Code de la propriété intellectuelle "sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle"

c - Le domaine des créations de l'art appliqué à l'industrie

en cette matière, la loi institue un droit exclusif pour l'exploitation des dessins et modèles déposés à l'INPI pour une durée de 25 ans

d - Le domaine commercial

le législateur accorde une protection analogue pour les signes distinctifs – mots et images utilisés pour qualifier les produits ou des services agissant dans le même secteur économique

## **D - LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES : LA CLASSIFICATION FONDAMENTALE**

× *Définition - les biens meubles : le terme désigne deux catégories de biens*

- *les biens corporels qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère comme des choses inanimées : meubles par nature*

- *les biens incorporels qui sont des droits portant sur une chose mobilière par nature (droit réel, droit personnel, action en justice) ou des droits détachés de tout support matériel mais que la loi considère arbitrairement comme des meubles (droits intellectuels) : meubles par détermination de la loi*

× *Définition - les biens immeubles : le terme désigne les fonds de terre et tout ce qui s'y incorpore ou sert à son exploitation*

### **D/1. EVOLUTION DE LA CLASSIFICATION**

• en droit romain, la distinction meuble/immeuble existe déjà : la division principale des biens distingue ceux qui servent à l'agriculture, *res Mancipi* – à savoir : terres, esclaves... bêtes de somme et de trait – et les autres, *res nec Mancipi*

• l'ancien droit établit aussi une classification fondamentale entre meuble/immeuble mais il utilise comme critère de distinction non la fixité du bien dans l'espace mais sa valeur ; en conséquence, il soumet au régime juridique des immeubles, des biens qui n'en possèdent pas le caractère physique mais représentent une valeur dont la conservation dans les familles est souhaitable, comme les rentes

- les rédacteurs du Code civil conservent la distinction meuble/immeuble mais le critère de distinction physique est conservé : les immeubles ne se déplacent pas, sont immeubles le sol et tout ce qui s'y incorpore

Conséquences de l'adoption du critère de fixité -

- la détermination du tribunal compétent  
le tribunal dans le ressort duquel se trouve l'immeuble

- la mise en place d'un système de publicité

ce système fait connaître les opérations juridiques dont tel immeuble a été dans le passé ou est l'objet : les opérations portant sur un immeuble doivent être publiées sur un registre tenu au bureau de la Conservation des hypothèques, dans le ressort duquel est situé l'immeuble, sous peine d'être inopposables aux tiers

- l'organisation d'une sûreté sans dépossession : le débiteur qui consent une hypothèque sur son immeuble en conserve la possession

## D/2. TYPOLOGIE DES IMMEUBLES

Le Code civil en son article 516 déclare « **tous les biens sont meubles ou immeubles** » et définit les immeubles ; en conséquence, il en résulte que pour la jurisprudence tout ce qui n'est pas immeuble doit être classé parmi les meubles.

Les trois sortes d'immeubles aux termes de l'article 517 du Code civil -

### × **les immeubles par nature : le sol et tout ce qui s'y incorpore**

le sol ce sont les fonds de terre ; les choses incorporées au sol sont les bâtiments à condition qu'ils soient construits sur des fondations creusées dans le sol – on y englobe tout ce qui en fait partie ainsi les canalisations d'eau, de gaz ou d'électricité, les bas reliefs sculptés pour être encastrés dans telle partie de l'immeuble ; les récoltes pendantes par les racines et les fruits non encore cueillis, article 520 du Code civil

× *Principe - la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous aux termes de l'article 552 du Code civil – Cujus est solum ei est usque ad caelum usque ad inferos (qui est propriétaire du sol est propriétaire jusqu'au ciel et jusqu'aux enfers)*

× Tempérament -

- la loi du 21 avril 1810 déclare que les mines n'appartiennent pas au propriétaire de la surface mais à l'Etat
- la loi du 31 mai 1924 article 19-2<sup>e</sup> consacre et régit le droit de navigation aérienne au-dessus des propriétés privées

### × **les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent**

l'article 526 du Code civil les énumère : **l'usufruit des choses immobilières, les servitudes et les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble en justice** cette énumération incomplète recouvre de facto les droits réels -

- les droits réels immobiliers tels des droits réels principaux – usufruit des choses immobilières, servitudes, emphytéoses... droit d'usage et d'habitation – des droits réels accessoires portant sur un immeuble – privilège... hypothèque –
- les droits personnels immobiliers : le transfert de la propriété étant acquis par le simple consentement, l'acquéreur devient propriétaire dès la signature du contrat – article 1138 du Code civil – l'obligation de délivrance est une obligation de faire qui elle est mobilière

. la vente ne donnera naissance à une créance immobilière que a) si le transfert de propriété est retardé lorsque les parties ont décidé de le différer ; b) lorsque la vente porte sur un immeuble qui n'est pas encore individualisé dans un lotissement : dans l'intervalle, l'acheteur n'a qu'un droit de créance

- les actions immobilières qui tendent à mettre en œuvre un droit réel immobilier sont immobilières comme **l'action en revendication** contre un usurpateur, **l'action en rescision pour lésion**, **l'action confessoire ou négatoire** pour faire reconnaître l'existence ou l'absence de servitude... **l'action en révocation d'une donation** pour faire recouvrer la propriété d'un immeuble – droit réel sur le fondement d'un droit personnel

✕ **les immeubles par destination sont les meubles accessoires de l'immeuble**

. les immeubles par destination doivent être mis au service d'un immeuble et servir soit à son *exploitation* tel un tracteur pour la culture d'une terre, soit à sa décoration ou son *ornementation* tel une tapisserie encastrées dans un mur

Condition juridique - les meubles et l'immeuble doivent appartenir au même propriétaire selon l'article 524 du Code civil.

**D/3. TYPOLOGIE DES MEUBLES**

Le Code civil fournit une série de définitions afin d'appréhension de la notion de meuble -

- article 533 : "Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foin et autres denrées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce."
- article 534 al.2 et 3 : "Les mots meubles meublants ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de meubles meublants."
- article 535 : "L'expression biens meubles, celle de mobilier ou d'effets mobiliers, comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies. La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants."
- article 536 : " La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris."

Le Code civil **distingue les meubles par nature et les meubles par destination de la loi.**

✕ **les meubles par nature**

✕ *Principe - l'article 528 du Code civil définit les meubles par nature*

sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère

✕ **les meubles par détermination de la loi**

divers articles du Code civil définissent les meubles par détermination de la loi

- les droits de créance

✕ *Définition - l'article 529 du Code civil vise les obligations ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, ce sont de véritables droits de créance*

. les créances sont, en général meubles, car le dû est souvent des sommes d'argent, des meubles ou des prestations de service

. dans cette catégorie, on trouve en outre : a) les rentes caractérisées par le fait que le débiteur ne rembourse jamais le capital acquis en échange de la rente qu'il s'oblige à verser ; b) les rentes perpétuelles dues indéfiniment par le débiteur, ses héritiers...

- les parts sociales

✕ *Définition - droits sui generis, l'article 529 du Code civil les définit comme les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie*

. dans cette catégorie, on trouve : les actions, les obligations, les certificats d'investissement, les fonds communs de créance...

- les droits réels mobiliers

✕ *Définition - sont meubles incorporels, les droits réels portant sur des choses mobilières, exception faite du droit de propriété confondu par la loi avec son objet*



- . on trouve dans cette catégorie : l'usufruit, l'hypothèque sur un navire ou un avion...
- . les droits mobiliers spéciaux

Bien que le Code civil n'ait pas prévu d'autres meubles, d'autres biens sont considérés comme meubles par détermination de la loi -

- . les offices ministériels dont les titulaires sont nommés par le gouvernement, exerçant une charge d'intérêt public : charges de notaires, avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, huissiers de justice, commissaires priseurs

- . les clientèles civiles : le principe est que les clientèles civiles d'un médecin... d'un architecte ne sont pas des biens meubles mais rien n'empêche un médecin de vendre son cabinet avec le matériel et d'informer ses patients de son successeur

la cession même sous forme indirecte est interdite pour les organismes professionnels tels les avocats - il est vrai que la création d'une société civile professionnelle ou une société d'exercice libéral permet de déroger à cette obligation !

## **E - LES CHOSES APPROPRIÉES ET LES CHOSES NON APPROPRIÉES**

Certaines choses sont dites communes, res communes.

× *Principe - aux termes de l'article 713 du Code civil, les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat en matière immobilière, en matière mobilière, on reconnaît l'existence de biens vacants et sans maître, res nullius tels le gibier sauvage ou les poissons*

× *Principe - aux termes de l'article 714 du Code civil, les choses communes comme l'air, la lumière, l'eau de la mer, l'eau courante...*

× *Principe - aux termes de l'article 716 al 2, le trésor est défini comme étant toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par le pur effet du hasard*

- . le trésor appartient à celui qui le trouve sur son fonds

- . sur le fonds d'autrui, il appartient par moitié au propriétaire du fonds et à celui qui l'a découvert

× *Principe - les choses abandonnées res derelictae, celles jetées intentionnellement comme inutiles*

## **F - LES CHOSES CORPORELLES ET LES CHOSES INCORPORELLES**

Cette classification connue à Rome ne figure pas au Code civil mais la définition en est aisée.

× *Définition - les choses corporelles sont celles qui tombent sous les sens, que l'on voit, que l'on touche : corrélativement les droits relatifs à ces choses sont corporelles*

× *Définition - les choses incorporelles sont des biens à valeur économique, objets de droits, qui tirent leur existence de la construction juridique*

## **G - LES CHOSES FONGIBLES ET LES CHOSES CERTAINES**

× *Définition - les choses fongibles sont celles dont il existe un nombre indéfini d'exemplaires identiques et qui sont par conséquent interchangeables comme un objet fabriqué en série...*

× *Définition - les choses certaines sont uniques comme une toile de maître...*

## **H - LES CHOSES CONSOMPTIBLES ET LES CHOSES NON CONSOMPTIBLES**

× *Définition - les choses consomptibles sont celles dont on ne peut faire usage sans les faire disparaître par le premier usage comme denrée de consommation...*

× *Définition - les choses non consomptibles sont celles dont on peut user de façon plus durable sans en détruire la substance par le premier usage comme une maison, des vêtements...*

## **I - LES CHOSES FRUGIFERES ET LES CHOSES NON FRUGIFERES**

✕ *Principe - aux termes de l'article 546 du Code civil, la propriété d'une chose soit immobilière, soit mobilière, donne droit à tout ce qu'elle produit*

- les fruits

✕ *Définition - les fruits se définissent comme tout bien accessoire qui naît périodiquement d'un bien sans en principe en altérer la substance*

. les fruits naturels qui proviennent de manière spontanée de la terre en l'absence de toute mise en valeur – croît des animaux, glands...

. les fruits industriels que l'on obtient par la culture – blé, vin....

. les fruits civils qui ne sortent pas matériellement de la chose mais que l'on retire d'un contrat dont la chose est l'objet – loyer des maisons...

- les produits

✕ *Définition - les produits sont caractérisés par le fait qu'ils sont prélevés à intervalles irréguliers, qu'ils altèrent la substance de la chose et finissent par l'épuiser*

Conséquences de la distinction entre choses frugifères et choses non frugifères en cas de gestion des intérêts d'autrui –

✕ *Principe - aux termes de l'article 456 al 2 du Code civil, altérer les fruits constitue un acte d'administration ; altérer la terre ou ses produits constitue un acte de disposition*

- en cas de revendication :

. le possesseur de bonne foi fait les fruits siens : article 549 du Code civil

. le possesseur de mauvaise foi doit restituer en nature les fruits qu'il a conservés, en valeur ceux qu'il a consommés ou négligés de percevoir

. en cas de démembrement de la propriété : l'usufruitier ne peut prétendre qu'à la perception des fruits entendus au sens précis du terme

### **II.2 LES SOURCES DES DROITS SUBJECTIFS**

Les droits et obligations ont pour source, soit des actes juridiques, soit des faits juridiques.

✕ *Définition - l'acte juridique est celui voulu par son auteur, accompli par lui en vue de produire des effets de droit*

✕ *Définition - le fait juridique est celui volontaire ou non ou une circonstance, auxquels la loi ou une autre source de droit attache des effets juridiques*

#### **II.2.1 LES ACTES JURIDIQUES**

Diverses classifications permettent l'appréhension des différents actes juridiques.

### **A - DIVERSES CLASSIFICATIONS**

Coexistence de multiples classifications complémentaires.

#### **A/1. ACTES MULTILATERAUX ET LES ACTES UNILATERAUX**

✕ *Définition - l'acte juridique multilatéral le plus usité est la convention, opposable erga omnes, à savoir un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets de droits*

- la convention déclarative se borne à constater un droit préexistant
- la convention constitutive crée des droits réels
- la convention extinctive engendre la disparition du rapport de droit
- la convention translatrice opère un déplacement de propriété

✕ *Définition -*

. en droit public, l'acte juridique unilatéral est l'œuvre d'une volonté unique qui fait naître soit des droits, soit des charges, soit à la fois des droits et des charges

. en droit privé, l'acte juridique unilatéral est l'œuvre d'une volonté unique s'exprimant en vue de produire des effets de droits voulus par son auteur – testament, reconnaissance d'enfant naturel...

## **A/2. LES ACTES CONSERVATOIRES, LES ACTES D'ADMINISTRATION, LES ACTES DE DISPOSITION**

× *Définition - les actes conservatoires ont pour seul effet de maintenir les droits dans leur état actuel, de les consolider, d'empêcher qu'ils ne soient perdus : acte afin qu'un droit ne se perde par le non usage...*

× *Définition - les actes d'administration sont ceux nécessaire à la gestion courante d'un bien, qui servent à le faire fructifier, sans en compromettre la valeur en capital : encaisser les loyers, faire des améliorations...*

× *Définition - les actes de disposition sont ceux qui intéressent les biens dans leur valeur de capital ou qui engagent l'avenir du patrimoine*

## **A/3. LES ACTES A TITRE ONEREUX, LES ACTES A TITRE GRATUIT**

× *Définition - dans l'acte à titre onéreux, chaque partie est mue par un intérêt personnel et reçoit quelque chose en contrepartie de ce qu'elle fournit*

l'acte à titre gratuit a pour conséquence qu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange

## **B - LE FONDEMENT DES ACTES JURIDIQUES**

× *Principe - la volonté est au principe de tout acte juridique puisqu'elle commande les effets de droit recherché ; elle doit être intègre, libre et éclairée*

### **B/1. L'INTEGRITE DU CONSENTEMENT**

L'origine de la théorie des vices du consentement est romaine : à Rome le droit civil sanctionne l'erreur, le préteur, le dol et la violence.

- l'erreur

× *Définition - aux termes de l'article 1110 du Code civil, l'erreur s'entend d'une fausse représentation de la réalité ; elle est une appréciation inexacte portant sur l'existence ou sur les qualités d'un fait ou sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit*

Conditions pour être prise en compte -

- il faut qu'elle ne soit pas d'une gravité telle qu'elle rende l'acte inexistant – ce qui serait le cas si elle portait sur la nature de l'acte ou sur l'identité de la chose – mais elle ne doit pas être trop légère au point de n'avoir pas joué de rôle décisif

- pour entraîner la nullité de l'acte, l'erreur doit porter sur **les qualités substantielles de la chose, sur la personne du cocontractant pour les contrats passés intuitu personae**, peu importe la source de l'erreur qui peut résider dans la méconnaissance de la règle de droit

- le dol

× *Définition - aux termes de l'article 1116 du Code civil, il consiste non plus dans une erreur spontanée mais dans une erreur provoquée découlant soit de manœuvres frauduleuses, soit d'affirmations mensongères, soit d'une réticence du cocontractant*

. le dol est dit principal – l'acte en son absence n'aurait pas été conclu : si cette tromperie détermine le cocontractant à donner son consentement

. le dol est dit incident – le contrat aurait été passé à d'autres conditions : si la tromperie détermine le cocontractant à accepter des conditions plus onéreuses

- la violence

× *Définition - aux termes de l'article 111 et s. du Code civil, la violence met en cause la liberté même du consentement ; elle est la contrainte exercée sur la volonté d'une personne en vue de l'amener à contracter*

× Effets si les règles du consentement sont transgressées -

l'acte qui procède de la volonté viciée tombe sous le coup de la nullité

- la nullité est absolue

**lorsque la règle violée existait pour défendre l'intérêt collectif**, lorsque l'acte est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs...

- la nullité est relative

***lorsque la loi n'a eu en vue que l'intérêt de l'une des parties à l'acte*** – incapacité de l'une des parties...

× Effet de l'annulation -

***l'anéantissement rétroactif de l'acte***, les choses doivent être remises en l'état où elles se trouvaient avant le contrat

## **B/2. LA RELATIVITE DES ACTES JURIDIQUES**

Le droit canonique a posé le respect des engagements pris dans la formule "*pacta sunt servanda*", qui débouchera sur ***la reconnaissance du consensualisme***. Les rédacteurs du Code civil reprennent cette conception.

a - Entre les parties

× *Principe - la force obligatoire de l'acte juridique*

article 1134 du Code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

Application -

- *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* – ce qui a été conclu entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres
- aux termes de l'article 1165 du Code civil : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans le sens prévu par l'article 1121 » - stipulation pour autrui

b - Relativement aux tiers

Les tiers peuvent-ils alors ignorer les contrats ?

× *Principe - l'effet de l'acte est circonscrit aux parties au contrat*

néanmoins tout acte juridique crée une situation qui s'impose au respect de tous

Application -

- dans la vente, le vendeur doit livrer la chose et l'acheteur payer le prix en conséquence - le transfert de propriété opéré par la vente est une donnée objective opposable *erga omnes*

## **C - LES MODALITES DES ACTES JURIDIQUES**

× *Définition - le terme est la modalité qui affecte l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation* aux termes des articles 1185 et s. du Code civil, le terme, qui est la modalité qui affecte l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation, s'oppose à la condition en ce que la survenance du fait spécifié est inévitable même si la date n'est pas connue

Généralement, le terme correspond à un arrangement conventionnel -

- le terme est certain si le jour est précis
  - le terme est suspensif si les parties conviennent de retarder les effets de l'acte jusqu'à la réalisation de l'événement indiqué
  - le terme est extinctif si les parties prévoient que l'obligation qui déroule ses effets prendra fin à la réalisation de l'événement spécifié
- Exceptionnellement, le législateur prescrit un délai comme c'est le cas pour l'héritier qui dispose de trois mois pour faire l'inventaire.

× *Définition - la condition est un événement futur mais de réalisation incertaine*

- la condition est suspensive si les intéressés font dépendre la naissance du rapport juridique de l'événement pris en considération
- la condition est *résolutoire* lorsque les parties ont fait de la condition une modalité extinctive
- la condition est *potestative* si l'événement dépend de la volonté nue ou si elle doit se traduire dans un acte ou un fait déterminé
- la condition *casuelle* est celle où tout est remis au hasard
- la condition est *mixte* si la réalisation est subordonnée aux volontés convergentes de l'un des contractants et d'un tiers

## II.2.2 LES FAITS JURIDIQUES

× *Définition* - les faits juridiques se définissent comme étant tout fait ou circonstance auxquels la loi attache des conséquences juridiques

### A - LES FAITS NATURELS

Les faits naturels sont, soit biologiques, soit physiques.

#### A/1. LES FAITS BIOLOGIQUES

De nombreux faits peuvent être classés dans cette catégorie dont

- l'existence biologique d'une personne est un fait sans lequel il n'y aurait ni sujet de droit, ni prérogative juridique
- la naissance d'un enfant, légitime, naturel, adultérin, désiré ou non désiré implique des droits de la personnalité inhérents à toute personne physique ; des droits de famille : l'autorité parentale, la vocation successorale... l'obligation d'éducation et d'entretien pour les père et mère
- le décès est un fait juridique car il met fin à la personnalité juridique
  - . au plan patrimonial, il déclenche la transmission des biens du de cujus soit par l'intermédiaire d'une dévolution légale aux héritiers désignés par la loi, soit par la voie du testament
  - . au plan extrapatrimonial, le décès entraîne pour le conjoint survivant la dissolution du mariage et la liquidation du régime matrimonial
- la parenté, à savoir le lien qui unit en ligne directe ou collatérale certains individus entre eux - le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels...
  - . de cette parenté découle l'obligation alimentaire aux termes de l'article 205 du Code civil, à savoir l'obligation de subvenir à l'entretien du parent dans le besoin
- l'âge qui commande le fonctionnement de diverses institutions comme le mariage - 15 ans pour la femme et 18 pour l'homme - l'émancipation qui requiert les 16 ans révolus, le testament qui requiert du testateur qu'il est 16 ans...

#### A/2. LES FAITS PHYSIQUES

On peut classer dans cette catégorie -

- la force majeure ou cas fortuit
- × *Définition* - tout événement présentant le triple caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité, d'extériorité, empêchant l'exécution de la prestation due ou exonérant l'auteur du dommage de sa responsabilité
- . l'irrésistibilité s'analyse en **une force supérieure à celle de l'homme rendant l'exécution totalement impossible** ; elle s'apprécie in abstracto, le juge devant rechercher si toute personne dans les mêmes conditions que le débiteur aurait été pareillement dans l'impuissance de surmonter l'événement
  - . l'imprévisibilité exige **la fortuité de l'événement** : si sa survenance pouvait être soupçonnée, l'individu est coupable de n'avoir pas pris les mesures de prévention nécessaires ; elle s'apprécie in concreto, c'est-à-dire compte tenu des circonstances propres à l'espèce
  - . l'extériorité signifie que l'événement doit être d'origine externe

### B - LES FAITS DE L'HOMME

Les faits de l'homme peuvent être soit générateurs de droits, soit générateurs d'obligations.

#### B/1. LES FAITS GENERATEURS DE DROITS

Les faits générateurs de droits sont nombreux ; aussi nous contenterons-nous d'étudier la possession qui joue un rôle juridique d'importance en tant que source de droits subjectifs.

× *Définition* - la possession est le fait d'appréhender et de détenir une chose corporelle, meuble ou immeuble et de se comporter à son égard de la même façon qu'un propriétaire elle s'oppose à la détention

× *Principe - la possession et la propriété coïncident*

× Tempérament –

- il arrive que l'acheteur achète une chose qui n'appartient pas à celui-ci qui lui la vend; dans cette hypothèse, il devient le possesseur de la chose mais non le propriétaire
- le possesseur est de bonne foi s'il ignore le vice de l'acte qui l'empêche d'être propriétaire et de transmettre la propriété
- le possesseur est de mauvaise foi s'il n'ignore pas qu'il n'est pas le véritable propriétaire de la chose

× Effets relativement au possesseur de bonne foi -

- en matière immobilière : aux termes de l'article 2265 et s. du Code civil, il acquiert la propriété par dix et vingt ans
- en matière mobilière : aux termes de l'article 2279 al 1<sup>er</sup> du Code civil, "En fait de meubles, la possession vaut titre" ; il devient légitime propriétaire instantanément, à savoir dès la prise de possession de la chose

× Effets relativement au possesseur de mauvaise foi -

- aux termes de l'article 2262 du Code civil, le possesseur de mauvaise foi devient légitime propriétaire de la chose possédée au bout de 30 ans : **usucapation ou prescription acquisitive**
- s'il est évincé par un revendiquant, **il doit restituer avec l'immeuble, les fruits perçus et la valeur de ceux qu'il a négligés de percevoir ; il doit alors répondre de toute détérioration subie par l'immeuble**

## **B/2. LES FAITS GENERATEURS D'OBLIGATIONS**

× *Définition - les faits générateurs d'obligations sont des actions de l'homme qui conduisent à un déséquilibre entre deux patrimoines et exigeant un rétablissement qui emprunte la forme soit d'une obligation à réparer, soit d'une obligation de restituer*

× *Principe - l'obligation de réparer*

× *Définition - l'obligation de réparer les dommages causés à autrui volontairement ou involontairement est un fait juridique, entendu que la loi oblige l'auteur du dommage à réparation sous des conditions diverses*

× Typologie des responsabilités –

La responsabilité civile peut être fondée soit sur la faute, soit sur le risque, soit sur la garantie.

- **la responsabilité du fait personnel**

c'est une responsabilité subjective qui repose sur *la faute dont la preuve incombe à la victime* aux termes des articles 1382 et 1383 du Code civil

- **la responsabilité du fait d'autrui**

Illustration de la responsabilité du fait d'autrui par 3 exemples -

. la responsabilité des instituteurs du fait de leurs élèves - pour les membres de l'enseignement privé : la victime peut assigner l'instituteur personnellement en réparation mais il doit prouver que celui-ci a commis une faute qui a permis le dommage; pour les membres de l'enseignement public : la responsabilité de l'Etat est substituée à celle de l'instituteur, l'action doit être portée par dérogation aux principes de délimitation des compétences devant les tribunaux judiciaires<sup>9</sup>, l'Etat lorsque sa responsabilité a ainsi été engagée envers la victime peut exercer un recours contre l'instituteur

.la responsabilité des parents : aux termes de l'article 1284 al 4 du Code civil, elle est encourue de plein droit du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux mais les parents peuvent se dégager en prouvant **la force majeure** ou **la faute de la victime**

.la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés dans les fonctions auxquels ils les ont employés, responsabilité définie par l'article 1384 al 5 du Code civil

---

<sup>9</sup> Prescription exceptionnelle de 3 ans.

- la responsabilité du **fait des choses**

la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde : responsabilité objective encourue en dehors de tout comportement répréhensible et dont le gardien ne peut s'exonérer aux termes de l'article 1384 al 1<sup>er</sup> du Code civil que par **la démonstration d'une force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable**

.la responsabilité de plein droit du producteur du dommage causé par un défaut de son produit aux termes de l'article 1386 al 1<sup>er</sup> du code civil

.la responsabilité du fait des véhicules automobiles rendue autonome par la loi du 5 juillet 1985, qui institue un droit à indemnisation de la victime, supprimant la cause étrangère et ayant pour toute causalité la simple implication des véhicules

× *Principe - l'obligation de restituer*

Application -

dans la gestion d'affaire : obligation pour le gérant de conduire l'affaire avec soin et de la mener à bonne fin ; obligation pour le maître de l'affaire de rembourser les frais et avances d'argent occasionnés par la gestion d'affaire ; le paiement de l'indu doit être restitué avec les fruits de la chose ou les intérêts de l'argent si l'accipiens a encaissé de mauvaise foi – article 1376 du Code civil

### **II.3 LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS**

L'importance de la problématique de la preuve est une certitude et comme l'indique l'adage « est non esse et non probari », **ne pas être ou ne pas être prouvé c'est tout un**. Pour tout ce qui est relatif à son administration en justice, c'est-à-dire la manière dont les moyens probatoires doivent être produits devant le juge, la théorie des preuves relève de la procédure.

Les preuves ne supposent pas nécessairement une instance contentieuse et nombre d'entre elles sont fournies en dehors de tout litige comme la preuve de la minorité par la production de l'acte de naissance.

Remarque - les règles qui gouvernent l'administration de la preuve sont d'ordre public - aucune convention entre parties n'est possible -

#### **II.3.1 LA CHARGE DE LA PREUVE**

× *Définition - au sens large, établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique ; au sens restreint, procédé utilisé à cette fin*

L'expression « fardeau de la preuve » indique que la preuve est non seulement un droit mais aussi une charge. Aussi est-il important d'étudier l'attribution de la charge de la preuve en justice et les hypothèses où l'on en est dispensée.

#### **A - L'ATTRIBUTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN JUSTICE**

La preuve en justice fait intervenir trois acteurs : le demandeur, le défendeur et le juge. La théorie des preuves figure au Code civil dans un chapitre consacré aux contrats, aux articles 131-1361 mais de facto, elle concerne toutes les obligations et tous les droits subjectifs. Aux termes de l'article 1315 al 1<sup>er</sup> du Code civil « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

× *Principe - la preuve incombe à celui qui prétend avoir un droit, quelque soit le droit invoqué, il faut l'établir, à savoir prouver le fait juridique ou l'acte juridique qui lui donne naissance*

× La charge de la preuve -

. la charge de la preuve se place continuellement

. aux termes de l'article 9 du NCPC – nouveau code de procédure civile – « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »

Application -

- le demandeur doit prouver le bien-fondé de son allégation : *actori incumbit probatio*

- le défendeur qui réplique doit prouver le bien-fondé de son moyen de défense : *reus in excipiendo fit actor*
- le demandeur qui combat le moyen de défense doit prouver le bien-fondé de sa duplique : *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*

## **B - LA DISPENSE DE LA CHARGE DE LA PREUVE**

Dans certains cas, le demandeur est dispensé de la charge de la preuve.

### **B/1. LES PRESOMPTIONS SIMPLES**

La loi, dans certaines hypothèses, tient elle-même un fait pour prouvé parce que d'autres le rendent vraisemblable. Le fondement des présomptions est dans **la probabilité** et le procédé de *raisonnement ad probationem* est de type inductif aussi *praesumptio sumitur de eo quod plerunque fit* : **la présomption se tire ce qui arrive le plus souvent.**

Application -

les parents sont en principe responsable des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux

. jusqu'à ces dernières années, le législateur présumait que l'enfant avait été mal éduqué ou mal surveillé par ses parents : faute présumée à leur encontre ; la victime n'avait pas à prouver la faute des parents

. présomption *juris tantum* ou présomption simple : la preuve peut être détruite par une preuve contraire

### **B/2. LES PRESOMPTIONS IRREFRAGABLES**

. irréfragables ou *juris* et de *jure*, elles tiennent un fait comme établi en partant d'un autre fait qui lui est connu

. la présomption irréfragable la plus connue résulte de l'autorité de la chose jugée aux termes de l'article 1350 du Code civil : **ce qui a été jugé est présumé vrai**

. la présomption irréfragable cède devant l'aveu et le serment, à savoir la partie en butte à la présomption peut déférer le serment à son adversaire ou provoquer sa comparution en vue d'obtenir un aveu

### **II.3.2 LES MOYENS DE PREUVE**

Les moyens de preuve par lesquelles les personnes peuvent établir un fait ou un acte juridique sont exclusivement ceux que prévoit la loi.

× *Principe - les actes juridiques doivent être prouvés par écrit - règle non absolue les faits juridiques se prouvent par l'un des quelconques moyens que prévoit la loi*

× *Tempérament - certains faits juridiques doivent être prouvés par écrit : acte de naissance, de décès*

× Existence de deux régimes de preuve -

- la preuve par intime conviction
- le système de la preuve légale

× Quelle est leur valeur probante ?

- en droit pénal

les divers moyens de preuve n'ont que la valeur que veut bien leur accorder le tribunal car il faut savoir qu'**aucune preuve quelle qu'elle soit ne lie le tribunal**

- en droit civil

. les actes écrits préconstitués dont la véracité en tant qu'écrits n'est pas contestée par prouvent la prétention du plaideur qui dispose de l'un de ces moyens

le serment et l'aveu sont des **preuves légales**

. les témoignages et présomptions sont des **preuves par intime conviction** et le tribunal n'est jamais obligé de croire ce qui est dit par les témoins, ni de considérer établi un fait ou un acte en vertu de simples présomptions de fait



## **A - LA PREUVE PAR ECRIT**

× Quelle est leur valeur probante ?

- le Code civil depuis 1804 traitait de l'acte authentique et de l'acte sous seing-privé dans cette rubrique, le terme étant pris au sens matériel d'instrumentum - feuille de papier sur laquelle on rédige la convention ou l'acte juridique unilatéral
- outre ses deux actes, il existe d'autres actes écrits constituant des preuves littérales mais d'utilisation plus rare
- le développement de l'informatique et du multimédia a obligé à revoir la conceptualisation de la preuve par écrit : loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique

### **A/1. LES ACTES AUTHENTIQUES**

× Définition - *aux termes de l'article 1317 du Code civil : l'acte authentique est celui reçu par un officier public* - ex : un acte notarié

× Compétence de l'officier public -

× Principe - *exigence de la qualité d'officier public requise pour dresser l'acte - loi du 25 ventôse an XI, décrets du 26 novembre 1971 modifiés par le décret du 29 avril 1986*

. mais le notaire peut habilitier un ou plusieurs de ses clercs assermentés à l'effet de donner lecture des actes et recueillir les signatures des parties - loi du 25 ventôse an XI modifiée par la loi du 25 juin 1973 -

. ces actes signés par le notaire ont le caractère d'authenticité relativement aux énonciations concernant les constatations et formalités effectués par le clerc assermenté

- *ratione materiae*

. tout acte juridique peut « être rédigé par devant notaire » si les parties le désirent

. les notaires sont tenus de dresser à la demande les actes qui doivent être établis par acte notarié tels la donation, le contrat de mariage car la formalité est exigée *ad solemnitatem*

- *ratione loci*

.le notaire a un pouvoir d'instrumentation géographique limité

.le principe est que les notaires exercent leurs fonctions sur l'ensemble du territoire national à l'exclusion des TOM et collectivités territoriales de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon mais il leur est interdit d'établir hors du ressort de la cour d'appel et de celui des tribunaux de grandes instances limitrophes, où siège l'office des actes constituant la première mutation à titre onéreux de biens immobilier ou la première cession de parts ou actions à titre onéreux d'une société d'attribution

- *ratione personae*

. le notaire ne peut recevoir un acte dans lesquels un parent ou un allié en ligne directe à tous les degré, en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu sont parties ou contient des dispositions en sa faveur

. des notaires associés ne peuvent instrumenter lorsque l'un d'entre eux ou les parents ou alliés de celui-ci au degré prohibé sont parties ou intéressés

. deux notaires parents ou alliés au degré prohibé ou membres de la même société professionnelle ne peuvent authentifier ensemble un acte nécessitant le concours de deux notaires

× Formalités de constitution de l'acte -

. elles sont inscrites notamment au décret du 26 novembre 1971 articles 7, 9 et 10 aux termes de l'article 7, les actes des notaires sont établis de façon lisible et indélébile sur un papier d'une qualité offrant toute garantie de conservation. Les signatures et paragraphes qui y sont apposés doivent être indélébiles. Ils contiennent les noms, prénoms et domiciles des parties et de tous les signataires de l'acte ; ils sont écrits en un seul et même contexte, sans blanc, sauf toutefois ceux qui constituent les intervalles normaux séparant paragraphes et alinéas et ceux nécessités par l'utilisation des procédés de reproduction. Dans ce dernier cas, les blancs sont barrés. Les abréviations sont autorisées dans la mesure où leur signification est précisée au moins une fois dans l'acte.

Les sommes sont énoncées en lettres à moins qu'elles ne constituent le terme ou le résultat d'une opération ou qu'elles ne soient répétées.

La date à laquelle l'acte est signé par le notaire doit être énoncée en lettres. Chaque page de texte est numérotée, le nombre de pages est indiqué à la fin de l'acte. L'acte porte mention qu'il a été lu par les parties ou que lecture leur en a été donnée.

Aux termes de l'article 9, les renvois sont portés soit en marge, soit au bas de la page, soit à la fin de l'acte. Les renvois portés en marge ou au bas de la page sont, à peine de nullité, paraphés par le notaire et les autres signataires de l'acte. Les renvois portés à la fin de l'acte sont numérotés. S'ils précèdent les signatures, il n'y a pas lieu de les parapher. Chaque feuille est paraphée par le notaire et les signataires de l'acte sous peine de nullité des feuilles non paraphées.

Décret du 15 décembre 1999 : « Toutefois, si les feuilles de l'acte et le cas échéant de ses annexes sont, lors de la signature des parties, réunies par un procédé empêchant toute substitution ou addition, il n'y a pas lieu de les parapher ; il n'y a pas lieu non plus d'apposer sur les annexes la mention prévue au premier aliéna de l'article 8 - mention constatant cette annexe et signée du notaire

Aux termes de l'article 10, il n'y a ni surcharge ni interligne ni addition dans le corps de l'acte et les mots et les chiffres surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls. Le nombre de blancs barrés, celui des mots et des nombres rayés sont mentionnés à la fin de l'acte. cette mention est paraphée par le notaire et les autres signataires de l'acte.

Depuis la loi du 13 mars 2000, l'acte authentique peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat (Code civil article 1317 al. 2). L'acte doit être signé par les parties, les témoins et le notaire, mais mention doit y être faite de l'accomplissement de cette formalité. En outre quand les parties ne savent ou ne peuvent signer, leurs déclarations à cet égard doivent figurer à la fin du document.

Certains actes nécessitent la présence d'un 2<sup>e</sup> notaire ou à défaut de deux témoins instrumentaires. L'acte rédigé en français peut être écrit à la main, dactylographié ou Imprimé sous la responsabilité du notaire.

× *Principe - la rédaction se fait en minute, ce qui signifie que l'original est conservé par le notaire dans ses archives*

× Les parties peuvent en recevoir reproduction par -

- la copie ordinaire

c'est une simple photocopie sans visa du notaire

- l'expédition

elle est certifiée par le notaire, rédacteur de l'acte

- la grosse ou copie exécutoire - elle contient la formule exécutoire qui permet de procéder à une mesure d'exécution, notamment une saisie
- le brevet

l'original est remis aux parties, le notaire ne le conserve pas

× La force probante de l'acte authentique -

- authenticité de l'acte

× *Principe - scripta publica probant se ipsa, il fait foi de son origine*

cette présomption découle des signes extérieurs qui accompagnent l'acte notarié tels les timbres et cachets ainsi que les signatures contrôlables car déposées au greffe du tribunal de grande instance

× Tempérament - cette preuve n'est pas irréfragable - celui à qui on oppose un acte authentique peut engager une action afin de prouver qu'il s'agit d'un faux : action en inscription de faux - NCPC articles 303 à 316

- authenticité des mentions de l'acte
  - . les mentions constatées par l'officier public, *ex propriis sensibus* – par ses propres sens– telles la date de l'acte, l'identité des parties, les volontés exprimées par les parties bénéficient d'une valeur d'authenticité sauf si l'adversaire démontre que cette mention est un faux en empruntant la procédure d'inscription de faux
  - . les mentions qui figurent à l'acte sans que l'officier public ait pu en vérifier l'exactitude n'ont pas force identique ; l'adversaire s'il est partie à l'acte a l'obligation de recourir à la preuve littérale car contre un écrit on ne prouve que par un écrit selon l'article 1341 du Code civil

## **A/2. LES ACTES SOUS SEING PRIVE**

✕ *Définition - l'acte rédigé par les parties ou un tiers autre qu'un officier public qui porte la signature des parties s'il s'agit d'une convention ou de l'unique partie s'il s'agit d'un acte unilatéral est un acte sous seing privé*

✕ Conditions de validité -

- la signature des parties
  - . l'acte sous seing privé en tant que preuve écrite
  - preuve écrite préconstituée qui n'exige que la signature des parties à l'acte peu importe le support de l'acte, son mode de rédaction, l'instrument utilisé
  - . la date n'est exigée que dans l'hypothèse du testament olographe
  - . l'évolution des techniques oblige un changement relativement à la signature : l'exigence manuscrite de la signature n'est plus, désormais on accepte le code des cartes bancaires... ou la signature électronique
- la formalité du double
  - . il est inutile d'établir un double de l'acte si le contrat synallagmatique est entièrement exécuté par l'une des parties
  - . aux termes de l'article 1325 du Code civil, si l'acte est rédigé pour constater un contrat synallagmatique, il doit être fait en autant d'exemplaires que de parties qui s'obligent
  - . la sanction est la nullité de l'acte considéré *comen instrumentum* mais la convention qu'il contient reste valable et son existence peut être prouvée par d'autres moyens tels le serment
- l'enregistrement et la publicité de l'acte
  - . l'acte sous seing privé est soumis à la formalité de l'enregistrement, soit en raison de la nature de la convention constatée – cession de fonds de commerce..., soit en raison de sa forme – acte notarié..., soit à raison de sa destination – production en justice...
  - . l'objet de la publicité est de rendre l'acte opposable aux tiers : la publicité foncière est obligatoire et concerne toutes les mutations ou les constitutions de droits réels immobiliers ou les opérations susceptibles d'influer sur l'existence, l'étendue ou l'exercice de ces droits – bail à longue durée...

✕ La force probante de l'acte sous seing privé -

- relativement à la signature
    - . si celui à qui on oppose l'acte ne nie pas l'avoir signé : l'acte est considéré comme émanant de lui
    - . si celui à qui on oppose l'acte prétend que la signature est une imitation : l'acte n'a plus de valeur probante
    - . celui qui entend alors se servir de l'acte doit engager une procédure dite de vérification d'écriture NCPA articles 287 à 302 : la charge de la preuve est renversée
  - contenu de l'acte entre les parties relativement aux mentions
- ✕ *Principe - les mentions portées à l'acte sont considérées comme exactes et le tribunal est lié*

. l'acte est donc aussi une preuve légale uniquement si la preuve de l'inexactitude de l'une des parties n'est pas apportée par le signataire de l'acte par la procédure ordinaire de l'inscription de faux - l'article 1341 du Code civil n'autorise la preuve contraire à une mention de l'acte qu'au moyen d'un écrit

. à l'égard du tiers, toutes les mentions à l'exception de la date sont supposées véridiques sauf aux tiers à démontrer son inexactitude par la procédure ordinaire car les tiers ne sont pas tenus par la règle « contre un écrit, on ne peut prouver que par écrit » relativement à la date

✕ *Principe - la date n'est pas opposable aux tiers afin de les protéger contre la fraude par suite d'une date inexacte*

Tempérament - exceptionnellement aux termes de l'article 1328, le Code civil prévoit les moyens utilisés pour que la date d'un acte sous seing privé soit opposable aux tiers : certains faits s'étant produits, on dira que l'acte sous seing privé a date certaine

- l'enregistrement de l'acte : l'enregistrement est une formalité fiscale car il est l'occasion de la perception d'une taxe par l'Administration qui appose un cachet portant une date

- la mort de celui ou de ceux ayant signé l'acte : étant dans l'impossibilité de signer après la mort, la date de l'acte sous seing privé non enregistré sera le jour de la mort du signataire

- le jour où la substance de l'acte sous seing privé est constatée dans un acte authentique : la date d'un acte authentique fait preuve jusqu'à inscription de faux, aussi l'acte sous seing privé aura la même date que l'acte authentique qui le reproduit

### **A/3. LES ECRITS ELECTRONIQUES**

✕ *Principe - aux termes de l'article 1316 du Code civil, issu de la loi du 13 mars 2000, la preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de signes, de chiffres ou tout autre symbole et la loi ne tient aucun compte du support et des modalités de transmission*

✕ Conditions de validité - l'article 1316-1 du Code civil pose une double exigence pour la validité de l'écrit sous forme électronique -

- l'identification de la personne dont il émane
- l'établissement et la conservation de cet écrit dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité

Remarque - l'article 1316-4 du Code civil, après avoir donné une définition souple de la signature pour englober ses divers modes d'expression, précise que la signature électronique « consiste en un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »

✕ La force probante des écrits électroniques -

l'article 1316-1 du Code civil dispose que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier »

### **B - LA PREUVE PAR TEMOINS**

✕ La force probante de la preuve par témoins -

✕ *Principe - l'interlocutoire ne lie pas le juge : la preuve par témoins est une preuve morale dont la force probante est abandonnée à l'intime conviction du tribunal*

#### **B/1. LA PROCEDURE DU TEMOIGNAGE**

✕ *Définition - le témoin est une personne qui a constaté par ses propres sens le fait ou l'acte au sujet duquel il porte son témoignage*

. le témoignage constitue une obligation à laquelle on ne peut librement se soustraire : toute personne requise doit se présenter, prêter serment et déclarer ce qu'elle connaît des faits de la cause en instance – article 207 NCP

. les témoins défaillants encourent une amende civile sauf à faire valoir un intérêt légitime tels les avocats et médecins tenus au secret professionnel ou les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint même divorcé

✕ *Principe - l'article 205 du NCPC dispose que, toute personne peut être entendue comme témoin sans distinction de sexe ni de nationalité dès lors qu'elle a la qualité de tiers et une connaissance ex propriis sensibus des faits litigieux*

× Tempérament - sont écartés

- les mineurs mais le juge peut les entendre à titre de simple renseignement et en l'absence de prestation de serment
- les personnes condamnées à une peine emportant interdiction des droits civils, civiques et de famille – Code pénal article 131-26- que le juge peut entendre à titre d'information
- les descendants dans le procès en divorce de leurs père et mère

## **B/2. LA RECEVABILITE DU TEMOIGNAGE**

a - Les faits juridiques

× *Principe - la preuve par témoin est généralement recevable mais elle ne lie pas le tribunal*

Tempérament - la loi déclare exceptionnellement que la preuve par témoignage n'est pas recevable ou ne l'est que sous certaines conditions

il en est ainsi en ce qui concerne les faits par lesquels on prouve l'état civil d'une personne : dans ce cas, les témoignages ne sont reçus que sous les conditions prévues par le Code civil

b - Les actes juridiques

× *Principe - aux termes de l'article 1341 al. 1<sup>er</sup> du Code civil les actes juridiques ne peuvent pas être prouvés par témoins si l'acte porte sur une somme déterminée par décret ou sur une prestation dont la valeur est supérieure à cette somme*

celui qui veut prouver l'inexactitude d'une mention contenue dans un acte écrit doit toujours prouver par écrit quelque soit l'intérêt financier de l'affaire car contre un écrit on ne peut prouver que par écrit

Remarque - l'exigence de la preuve littérale ne vaut qu'*inter pares*, entre les parties la personne non partie à l'acte n'a pas besoin de prouver par un écrit

× Tempérament - la non-recevabilité de la preuve par témoins est écartée

- lorsque l'acte est entaché d'une erreur matérielle évidente
- s'il existe un commencement de preuve par écrit
- . on peut toujours demander à faire la preuve par témoins si on possède un commencement de preuve par écrit
- . aux termes de l'article 1347 al.2 du Code civil « On appelle ainsi tout acte écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué »
- s'il y a impossibilité de produire un écrit
- . aux termes de l'article 1348 al.1<sup>er</sup> la preuve par témoins des actes juridiques est recevable « lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure »
- . par impossibilité matérielle, on entend certains événements imprévus qui n'ont pas laissé aux parties le temps matériel de rédiger un écrit
- . par impossibilité morale

c - Les actes de commerce –

× *Principe - liberté de la preuve en matière commerciale – art.109 du Code du commerce*

## **C - LA PREUVE PAR PRESOMPTIONS**

× *Principe - lorsque la preuve testimoniale est recevable, celle par présomption l'est aussi*

× *Définition - l'article 1349 du Code civil définit les présomptions comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »*

Remarques -

- la preuve dérive d'un raisonnement par induction : en se fondant sur le *quod plerumque fit*, on tire la conséquence de l'existence d'un fait contesté à partir de la constatation d'un fait connu
- les présomptions ne lient pas le tribunal qui conserve toute liberté d'appréciation : c'est une preuve par intime conviction

- l'article 1353 du Code civil déclare que les présomptions « sont abandonnées à la lumière et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes »
- aux termes de l'article 263 et s. NCPC, les indices sont fournis au tribunal par constat ou expertise si la nécessité de personnes ayant des connaissances techniques se fait jour à l'exemple de l'examen du groupe sanguin d'un enfant qui se prétend issu de tel individu ou par la constatation selon l'article 249 et s. NCPC qui se limite à la description d'une situation de fait – le technicien constatant ne peut porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit pouvant en résulter

## **D - LA PREUVE PAR AVEU**

✕ *Définition - l'aveu est la reconnaissance faite par une personne de la véracité de fait ou de l'existence de l'acte invoqué par son adversaire afin d'établir son droit contre elle ; le Code civil considère l'aveu comme la présomption*

### **D/1. L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE**

✕ *Définition - l'aveu extrajudiciaire est celui fait en dehors de tout procès ou bien au cours d'un procès différent de celui qui oppose actuellement les plaideurs*

s'il est fait par écrit : il constitue une preuve écrite sous seing privé ou authentique si reçu par un officier public et s'il est verbal : l'article 1355 du Code civil le considère comme inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible

### **D/2. L'AVEU JUDICIAIRE**

✕ *Définition - l'aveu judiciaire est l'aveu émanant de celui contre qui on prétend à l'existence d'un droit, fait au cours du procès opposant les adversaires et devant le tribunal appelé à trancher la difficulté, oral ou écrit, résultant surtout des documents versés au dossier ou résultant éventuellement selon la jurisprudence de la prise en considération par le juge qui a prescrit une comparution personnelle de l'absence de l'une des partis ou de son refus de répondre - NCPC article 198*

✕ *Principe - il est recevable quelle que soit la nature du droit en litige*

✕ *Tempérament - il est irrecevable toutes les fois qu'une personne ne peut renoncer à un droit*

Application -

. *probatio probatissima* : lorsqu'il est recevable, il constitue une preuve complète du fait ou de l'acte sur lequel il porte ; le tribunal est lié par l'aveu qui représente par conséquence une preuve légale – article 1356 al.2 du Code civil -

. en matière civile : il est irrévocable et indivisible

l'irrévocabilité signifie qu'on ne peut pas se rétracter une fois l'aveu fait sauf si erreur selon l'adage du droit romain, « non fatetur qui errat » : n'avoue pas qui se trompe l'indivisibilité signifie qu'il doit être pris en son entier – article 1356 al.1 du Code civil

## **E. LA PREUVE PAR SERMENT**

Coexistence de serments différents.

a - Le serment promissoire

✕ *Définition - le serment promissoire consiste soit dans l'engagement de remplir les devoirs de sa charge ou de son état selon les règles déontologiques – ex : le serment professionnel des avocats...- soit dans la promesse d'accomplir au mieux l'acte qui est demandé - il n'intéresse pas l'instance*

b - Le serment probatoire

✕ *Définition - il est l'affirmation solennelle de la véracité d'un fait ou de la réalité d'un acte dont dépend l'issue de l'instance, qu'un plaideur est invité à faire en sa faveur le serment probatoire est de type affirmatif, il émane d'une partie en litige*

- le serment probatoire décisoire  
selon l'article 1357 al.1<sup>er</sup> du Code civil, le serment probatoire est décisoire si déféré par l'une des parties à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause
- × Procédure -  
Celui à qui est déféré le serment peut -
  - prêter serment
    - . s'il prête serment, il obtient gain de cause car le tribunal est lié par le serment
    - . le plaideur succombant n'est pas recevable à en établir la fausseté – article 1363 Code civil -
  - refuser de prêter serment  
s'il refuse de prêter serment, il est obligatoirement condamné – article 1361 du Code civil
  - référer le serment  
aux termes de l'article 1362 du Code civil, il peut renvoyer le serment à son adversaire : celui-ci jure et obtient gain de cause ; celui-ci refuse de jurer et perd son procès
- × Effets du serment probatoire décisoire -
  - . le serment tranche la contestation de manière définitive et s'impose au juge qui doit rendre une décision conforme
  - . il ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré et au profit de ses héritiers
- le serment probatoire supplétoire  
selon l'article 1357 al.2 du Code civil, le serment probatoire est supplétoire si déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre des parties
  - . il n'est qu'un complément de preuve
  - . il ne constitue pas une preuve légale, ne lie pas le tribunal
- × Effets du serment probatoire supplétoire –  
le Code civil lui attribue une double fonction :
  - il peut être déféré pour en faire dépendre la décision de la cause
  - il peut être déféré pour déterminer le montant de la condamnation

17 février 2002

## BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- ANCEL P. L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une étude critique des droits de la personnalité, Thèse de Droit Dijon 1978
- ARDENT P. Institutions politiques et droit constitutionnel, 9<sup>e</sup> éd. 1997
- ARNAUD A-J. Les juristes face à la société du 19<sup>e</sup> siècle à nos jours
- ARNOUX I. Les droits de l'être humain sur son corps, Thèse de Droit Bordeaux éd. 1994
- AUBERT J-L. Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 8<sup>e</sup> éd., A. Colin 2000 ; La responsabilité civile des notaires, 3<sup>e</sup> éd. Defrénois 1998
- AUBRY C. et RAU C. Droit civil français, 7<sup>e</sup> éd., Ponsard 1984
- BARRE R. et TEULON F. Economie politique, 2 vol. 1997
- BASDEVANT J. Les fondateurs du droit international, Paris 1904
- BATIFFOL H. La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, Faculté de droit d'Aix-Marseille 1980
- BEAUMANOIR Coutumes de Beauvaisis
- BEIGNIER B. Le droit à la personnalité, 1992 ; L'honneur et le droit, Thèse de Droit Paris II 1995
- BERGEL J-L. Théorie générale du droit, Dalloz, 1998
- BERGEL, BRUSCHI et CIMAMONTI Les biens, 2000
- BERNARD A. et POIRMEUR Y. La doctrine juridique, PUF 1993
- BERTRAND F. L'opposabilité des contrats aux tiers, Thèse de Droit Paris II 1979
- BRIMO A. Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Pédone 1967
- BONNECASE J. La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, 2 vol., 1933
- BONNIER Traité des preuves en droit civil et en droit criminel, Larnaude, 5<sup>e</sup> éd. 1888
- BOULOUIS J. Droit institutionnel de l'Union Européenne, 6<sup>e</sup> éd. 1997
- BRUNET C. Le pouvoir de modération du juge en droit civil français, Thèse de Droit Paris 1973
- CARBONNER J. La genèse de l'obligation dans l'apparition de la coutume, 1961 ; Les biens, 19<sup>e</sup> éd. 1999 ; Les personnes, PUF 21 éd. 2000
- CARRE DE MALBERG Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2 vol. 1920-1922 ; Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique, Etudes Gény, I, 1935
- CHARMONT J. La renaissance du droit naturel, 2<sup>e</sup> éd. 1927
- CHAVANNE A. et BURST J-J. Droit de la propriété industrielle, 5<sup>e</sup> éd. 1998
- CHEVRIER G. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français, Archives de Philosophie du Droit, 1952
- CHINOT Le privilège d'action d'office de l'Administration, Thèse de Droit Paris 1954
- DABIN J. La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929
- DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C. Les grands systèmes de droit contemporain, 11 éd., 1999
- DECOQ A. Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Thèse de Droit Paris 1959
- DE MALAFOSSE J. et OURLIAC P. Histoire du droit privé, PUF 3 vol. 1971
- DE PAGE L'idée du droit naturel, 1936 ; Droit naturel et positivisme juridique, 1936
- DERUPPE J. Droit international privé, 11<sup>e</sup> éd. 1995
- DESSENS Essai sur la notion d'équité, Thèse de Droit Toulouse 1934
- DEVEZE J. Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse de Droit Toulouse 1980
- DOST C. Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français, Thèse de Droit Bordeaux 1999
- DUBOUCHET P. La pensée juridique avant et après le Code civil, 3<sup>e</sup> éd. 1994
- DUON X. Droit naturel. Les questions du droit, PUF 1998
- DUPEYROUX J-J. et RUELLAN R. Droit de la Sécurité Sociale, 13<sup>e</sup> éd. 1998
- EBERT K. Rechtsvergleichung, Einführung in die Grundlagen, Berne 1978
- EDELMAN B. Les bases de données ou le triomphe des droits voisins, 2000
- GAILLARD E. Le pouvoir en droit privé, Thèse de Droit Paris II, éd. 1985
- GAUDEMET J. Institutions de l'Antiquité, Domat Montchrestien 1998 ; Droit privé romain, Domat Montchrestien 1998
- GAZIN H. Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, Thèse de Droit, Dijon 1911
- GENY Ultima verba, 1950
- GERALDY La religion en droit privé, Thèse de Droit Limoges 1979
- GINOSSAR Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris 1960
- GIRARD Manuel de droit romain, 1929
- GOUTAL Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, 1981



GUINCHARD S. Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français, Thèse de Droit Lyon 1974

GUYENOT L. La responsabilité des personnes morales publiques et privées, 1959

GRIDEL J-P. Introduction au droit et au droit français, Notions fondamentales, Méthodologie, Synthèses, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 1994

GRIVART DE KERSTRAT Une méthode pour le droit comparé, Droit prospectif, Aix 1983

HAGE-CHAHINE L'acte de tolérance en droit civil. Contribution à l'étude des actes dans le droit des biens et à la théorie de la volonté modératrice de droit, Thèse de Droit Paris II 1992

JESTAZ P. Les frontières du droit et de la morale, 1983

JEZE Principes généraux de droit administratif, 3<sup>e</sup> éd. 1926-1936

LAGARDE X. Réflexions critiques sur le droit de la preuve, LGDJ 1994

LEBRUN A. La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Thèse de Droit Caen 1932

LEFEBVRE-TEAILLARD A. Le nom, droit et histoire, PUF 1990

MARTIN DE LA MOUTHE J. L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Thèse de Droit Toulouse

MAZEAUS et CHABAS Introduction à l'étude du droit, 11<sup>e</sup> éd. 1996

MONNIER R. Manuel élémentaire de droit romain, 2 vol. 1947

REVET TH. La force de travail, étude juridique, Litec 1992

RIPERT La règle morale dans les obligations civiles, 1949 ; Les forces créatrices du droit, LGDJ

ROBERT A. Les relations de voisinage, 1991

ROLAND H. Lexique juridique. Expressions latines, Litec 1999

ROLAND H. et BOYER L. Locutions latines du droit français, 4<sup>e</sup> éd. Litec 1998 ; Adages du droit français, 4<sup>e</sup> éd. Litec 1999

SIMLER et DELEBECQUE Les sûretés, la publicité foncière, 3<sup>e</sup> éd. 1999

TAISNE J-J. La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, Thèse de Droit Lille 1977

TEYSSIE B. Les personnes, Litec, 4<sup>e</sup> éd. 1998

TERRE et SIMLER Les biens, 5<sup>e</sup> éd. 1998

TIMBAL P-C. et CASTALDO A. Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, 9<sup>e</sup> éd. 1993

TROTABAS J-B. La notion de laïcité dans le droit de l'église catholique et l'Etat républicain, Thèse de Droit Nice 1961

TROTABAS L. et COTTERET J-M. Droit fiscal, 7<sup>e</sup> éd. 1992

TRUCHET D. Fusionner les juridictions administratives et judiciaires, Mélanges Auby 1992

WALINE Défense du positivisme juridique ; Positivisme juridique et sociologique, 1933

WEILL A. La relativité des conventions en droit privé français, Thèse de Droit Strasbourg 1938

WIEDERKHER G. Répertoire civil, Dalloz

ZENATI La nature juridique de la propriété, Thèse de Droit Lyon 1981