

AVANT PROPOS

La culture juridique générale est le récapitulatif de vos premières années de droit, elle est le **socle commun de toutes les branches du droit**.

L'épreuve du Grand Oral du Pré-capa permet au jury de vérifier que **les bases techniques communes sont maîtrisées** quand bien même, plus tard, dans votre pratique, vous allez être spécialisés. Le but est d'être sûr que vous pouvez, demain, aller sur le terrain et ne pas faire honte la profession. Il faut maîtriser le programme d'**introduction générale au droit de première année** afin d'être crédible aux yeux des magistrats auxquels vous allez faire face au cours de votre pratique (et dans le cadre de l'examen, aux yeux du magistrat présent dans le jury).

La culture juridique fait partie intégrante de l'épreuve du grand Oral du Pré-capa, en effet, **si la base de l'oral sera votre sujet de DLF, le jury va très rapidement poser des questions de culture juridique** afin de jauger votre niveau. Il peut dans ce contexte être intéressant d'entrouvrir quelques tiroirs au moment de votre commentaire d'arrêt afin de provoquer les questions de culture juridique que vous maîtrisez et pouvoir ainsi briller.

Au-delà de la culture juridique générale, il faut une certaine **culture doctrinale**, car vous ne devez pas oublier l'universitaire présent dans le jury, vous pourrez ainsi citer Carbonnier, Josserand, Duguit, Hauriou...

Vous devez également avoir quelques réflexes en histoire du droit et en droit comparé, cela plaira à l'universitaire. L'actualité juridique pertinente peut également être bien vu.

L'objectif est de ne pas faire honte, rester digne, réfléchir ou contourner la question agilement.

CULTURE JURIDIQUE GÉNÉRALE

CHAPITRE 1 : LE DROIT

La question ici est celle de la **distinction droit subjectif / droit objectif**.

- **Le droit objectif**, c'est l'ensemble des règles de droit général constitutif d'un système juridique.
- **Le droit subjectif**, ce sont les prérogatives individuelles qu'un sujet de droit prétend tirer de l'application des règles de droit objectif à son profit.

Ce droit subjectif est dans l'air du temps, et on a tendance à raisonner le droit sur son fondement, ceci représente ce qu'on appelle la **fondamentalisation du droit**, et c'est assez problématique. En effet, ces droits sont légitimes, mais **le système juridique ne peut être résumé à une logique purement subjectiviste**.

"On ne peut pas résumer Le Droit aux droits", il faut combiner le droit subjectif avec les autres notions et évidemment avec le droit objectif.

Les révolutionnaires et surtout Carbonnier mettaient déjà en garde sur ce point en énonçant que **l'un doit découler de l'autre**, il ne faut pas perdre de vue le caractère d'intérêt général du droit qui est **une institution destinée à organiser et régir les relations sociales dans leur ensemble**.

Evidemment il n'est pas question d'être trop conservateur, sinon nous tombons dans le droit totalitaire, il faut simplement **un juste milieu**.

La jurisprudence de la CEDH fait constamment référence à cet affrontement entre droit objectif et droit subjectif.

L'exemple le plus commun est celui du droit de propriété : **La propriété est un droit subjectif absolu** (ce qui ne veut pas dire discrétionnaire), **mais il doit s'accorder avec des prérogatives tirées de l'intérêt général, donc du droit objectif**. Par exemple, la cession forcée d'un élément de mitoyenneté, qui relève de l'intérêt général (pacification des relations entre voisins) est une atteinte au droit subjectif absolu de propriété.

LE DROIT OBJECTIF

LA NOTION

Ce sont **les règles de droit général qui constituent un système juridique**.

C'est un droit étatique qui est ainsi déterminé par les institutions de son Etat et les différentes sources qu'elles génèrent.

LA CONSTITUTION

Le principe est que la constitution est **au dessus de tout dans la pyramide de Kelsen** : **le système juridique objectif a pour clé de voute la norme fondamentale qu'est la constitution** et elle n'a rien au dessus.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LA LOI

Le droit objectif ne se limite pas à la constitution, il y a la loi : article 34 de la constitution.

- **La loi stricto sensu** = article 34 constitution = **adoptée par les organes déterminés par la constitution** qui sont habilités à le faire (le parlement).
- **La loi lato sensu** = article 37 constitution = c'est un sens beaucoup plus large qui englobe la loi, le règlement, l'infra règlement (les arrêtés), c'est **la loi au sens commun du terme**.

LA JURISPRUDENCE

Ce n'est pas une source du droit puisque **la France est un pays de droit écrit**, en revanche, il est évident que **la jurisprudence fait partie du droit objectif**. Par exemple, **la création du droit administratif est purement jurisprudentielle**.

Nous le savons également, **les grandes jurisprudences de principe** ont une portée signifiante et normative, et elles font assurément partie du droit objectif. Ces **grands principes sont parfois retranscrits par le législateur** afin d'entrer pleinement dans la catégorie droit objectif, nous pensons à **l'arrêt Jand'heur** qui est à l'origine de l'article 1242 al 1 du code civil, à **l'arrêt Boudier** de 1892 qui a créé la notion et le régime de l'enrichissement sans cause. A contrario, on connaît des principes qui, pendant longtemps, n'ont pas encore été rattrapés par le législateur, par exemple **le trouble anormal de voisinage**. Celui-ci était un principe fréquemment utilisé mais **non codifié pendant des dizaines d'années**. Il a finalement fait l'objet d'une codification à **l'article 1253 C. Civ** depuis **le 15 avril 2024**.

La jurisprudence vient également **interpréter les textes**, et c'est en ce sens une source implicite du droit. Par exemple, **l'article 1240 du code civil** ne veut strictement rien dire sans jurisprudence pour l'interpréter. De façon encore plus flagrante, **la Convention EDH** n'est rien sans la jurisprudence de la Cour EDH, de la même manière, **la Constitution** ne veut rien dire sans l'acquis décisionnel du Conseil Constitutionnel.

Ainsi, on le comprend, **il est impossible de dissocier le texte de son interprétation**, et l'élément qui permet de vérifier cette thèse est le fait qu'**il est possible de faire une QPC sur la seule interprétation d'un texte**.

En effet, **par principe, dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel ne peut connaître que de dispositions législatives**. Toutefois, lorsque **la Cour de cassation ou le Conseil d'État ont procédé à une interprétation de cette disposition législative**, son contrôle porte alors non sur la disposition, prise en elle-même, mais sur **la portée que lui confère le juge en l'interprétant**. Ainsi, le Conseil constitutionnel juge qu'« *En posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée* » **Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.**

Le terme « constante » renvoie au fait que l'interprétation en cause émane bien d'une des juridictions suprêmes dans son ordre et qu'elle est donc de nature à faire jurisprudence. En revanche, il n'est pas nécessaire que le juge du filtre répète à plusieurs reprises son interprétation pour que celle-ci soit qualifiée de constante : **une seule décision suffit**. Et cette décision peut être celle par laquelle, sur la base de l'interprétation en cause, la Cour de cassation ou le Conseil d'État renvoie la disposition objet de la QPC : **Décision n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017, Époux V.**

Dès lors, à la question **“la jurisprudence est-elle une source du droit ?”** nous pouvons répondre qu'**en théorie elle ne l'est pas** car la France est un pays de droit écrit, cependant, **en pratique, la jurisprudence est indéniablement constitutive du droit objectif**.

LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT

Toutes les règles relevant du droit objectif ont **des caractères communs** :

- Elles sont **générales et impersonnelles** (*c'est notamment pour ce critère que la jurisprudence ne pouvait pas être considérée comme une règle de droit, mais aujourd'hui les jurisprudences sont générales et impersonnelles*)
- Elles sont **obligatoires et sanctionnées**
- Elles sont **permanentes**

Ces conditions ont évidemment évoluées avec les époques puisque sous le droit romain ou le droit féodal la règle de droit n'était assurément pas générale, elle était réservée à une catégorie d'Homme.

GENERALE ET IMPERSONNELLE

Parce qu'elle « **concerne chacun et ne vise personne en particulier** » (J.-L.Aubert et E.Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 16e éd., 2016, n° 8), **la règle de droit, générale et impersonnelle, est abstraite. En dépend son impartialité**, indispensable dans un régime démocratique.

Depuis la révolution, le Droit est général. Cette généralité et impartialité se matérialise notamment par la rédaction impersonnelle des textes, on note par exemple :

- **l'article 1240 du Code Civil** : Tout fait quelconque de l'homme
- **l'article 8 du Code Civil** : Tout Français jouira des droits civils
- **l'article 9 du Code Civil** : Chacun a droit au respect de sa vie privée
-

Cette généralité est une garantie de **sécurité juridique, de respect d'égalité et de non discrimination**. Cette volonté de non discrimination était la raison de l'abolition des privilèges (privata lex).

 Il existe **quelques dérogations au caractère général et impersonnel** :

- **les fractionnements** tels que le **droit de la consommation**, qui est par principe réservé aux "consommateurs", **la loi Badinter** qui ne vise que le "conducteur", ou **le droit du travail** qui ne concerne que les "salariés".
- **lois de pure circonstance**, qui ne sont ainsi plus générale. L'objectif de ces lois résultant d'une **réaction à chaud** est de **protéger l'intérêt général**, mais ce système n'est pas le plus pertinent. Carbonnier n'y était pas du tout favorable, mais elles peuvent permettre une prise de conscience sociale intéressante.
- **Les actes administratifs unilatéraux de l'administration** : il s'agit d'un acte par lequel l'administration modifie l'ordonnancement juridique, produisant des effets à l'égard des administrés. Il bénéficie du "**privilège du préalable**", c'est-à-dire qu'il peut être pris sans consentement préalable des administrés et sans besoin de recourir au juge avant d'être mis en œuvre. Les actes administratifs unilatéraux sont de deux types
 - les **AAU réglementaires**, pris en application du pouvoir réglementaire dont disposent certaines autorités administratives. **Les décrets, arrêtés, délibérations des assemblées des collectivités locales** ont une **portée générale et impersonnelle**. Ils sont donc des règles de droit à part entière.
 - les **AAU non réglementaires** concernent une ou des personnes nommément désignées (ex : permis de construire, refus de titre de séjour, arrêté de nomination...). On parle alors **d'actes individuels**. **Certain disent que ce sont des règles de droit** qui seraient tout en bas de la hiérarchie des normes, mais il n'y a aucun consensus sur le sujet, donc cette exception est à prendre avec des pincettes.

OBLIGATOIRE ET SANCTIONNEE

Par principe la règle de droit est obligatoire, elles sont impératives, de sorte qu'aucun individu ne peut jamais se soustraire à son application. **Par exemple** : L'interdiction de tuer par commission d'un meurtre. Cette règle impérative, relevant même de l'ordre public, s'applique de manière absolue. La volonté particulière de son auteur, telle que celle d'expier son acte ou la promesse de ne pas le réitérer, sera inefficace : elle ne lui permettra pas d'échapper à la sanction pénale.

Cependant il faut immédiatement apporter une nuance : **de plus en plus, les règles de droit sont "supplétives"**. Elles suppléent l'absence de volonté contraire des sujets de droit. Le caractère obligatoire de la règle de droit supplétive est ainsi d'un degré moindre que celui attaché à la règle de droit impérative mais il reste néanmoins acquis. **Par exemple** : Code civil, art. 1387 : la loi n'impose aux époux le régime légal de la communauté réduite aux acquêts qu'à défaut pour eux d'avoir conclu d'autres « conventions spéciales » relatives à leurs biens, « que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ou aux dispositions qui suivent ».

Ce caractère supplétif se comprend aisément à la lecture du Code du travail et notamment de la partie "durée du travail" aux articles L3121-1 et suivant. En effet, 3 parties sont très clairement délimitées pour chaque sous section : "ordre public", "champ de la négociation collective" et "dispositions supplétives". Ainsi, nous comprenons qu'il y a un principe obligatoire, puis des dispositions qui peuvent être aménagées par la négociation collective. Nous pouvons donc voir la différence entre les dispositions impératives et supplétives.

Le **caractère supplétif n'éteint pas tout le caractère obligatoire de la règle de droit**, celui-ci est simplement placé au second plan. **C'est ce qui permet de différencier le droit supplétif du droit souple.**

Ce droit souple est un droit simplement proposé, recommandé, conseillé.

Le **Conseil d'état a publié en 2013 un rapport** sur ce droit souple, énonçant alors une définition claire :

Il s'agit de **l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives** :

- ils ont pour objet de **modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires** en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils **ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations** pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, **un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.**

Ce sont **par exemple** les codes privés, chartes de bonne conduite, lignes directrices, recommandations, avis, communiqués... **Le droit souple gagne du terrain**, dans toutes les branches du droit et dans tous les ordres juridiques, externe comme interne.

A l'occasion de ce rapport, le Conseil d'état a affirmé que :

"le droit souple peut accompagner la mise en œuvre du droit dur, soit à travers les administrations (chartes du patient hospitalisé, laïcité dans les services publics), soit par les entreprises (démarches dites de conformité, souvent encouragées par les autorités administratives indépendantes).

*Le droit souple peut enfin se présenter comme **une alternative pérenne au droit dur**. En matière sanitaire, les recommandations de bonnes pratiques apparaissent appropriées pour concilier les besoins de standardisation et la liberté inhérente à l'exercice de la médecine.*

*Dans le domaine économique, les partisans de l'autorégulation mettent souvent en avant la vertu des règles définies par les acteurs concernés eux-mêmes, qui feraient appel à leur **esprit de responsabilité**, alors que les règles imposées par les pouvoirs publics susciteraient chez leurs destinataires une volonté de contournement.*

*Si le droit souple ne peut être sanctionné directement, il peut être **pris en compte dans une décision de sanction ou entraîner des conséquences défavorables sur un plan extra-juridique** (dégradation de l'image, désaffectation des investisseurs, réprobation des pairs). Son effectivité est alors considérablement renforcée par un effet qu'on pourrait qualifier d'« **ombre portée** » de la sanction."*

Depuis **Conseil d'État, 21 mars 2016, Société Fairvesta** le Conseil d'état reconnaît que *"les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être **déférés au juge de l'excès de pouvoir** lorsqu'ils **revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance** ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils **sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent**"*

Concernant le caractère sanctionnable de la règle de droit, c'est une logique qui se comprend aisément au regard du droit pénal, mais **la sanction n'est pas nécessairement coercitive**. Le droit civil et le droit administratif ont eux aussi leurs sanctions.

Par exemple, la sanction classique est celle de **la nullité**, en y réfléchissant bien, c'est une sanction très lourde : on réduit à néant ce qui a été fait et qui s'est parfois exécuté pendant des années. Mais il existe aussi **la responsabilité, la déchéance des droits, le réputé non écrit, la résolution, les restitutions, la caducité**

Parfois, les règles de droit ne sont pas assorties de sanctions propres, mais cela ne signifie pas que ce n'est pas une règle de droit, car il faut constamment garder en tête que **la sanction de droit commun est la responsabilité**.

D'autres fois, la règle de droit n'a **pas de sanction car elle a pour objectif de d'affirmer une liberté**.

Comme indiqué précédemment, on tend de plus en plus vers la logique de droit incitatif plutôt que coercitif. Le droit aujourd'hui n'est plus qu'une simple réglementation mais est devenu une régulation. Les économistes considèrent qu'**en tout état de cause, la sanction sera celle du marché**, et qu'ainsi, bien qu'aucune sanction juridique ne soit encourue, la sanction économique est toujours présente.

Ainsi, **stricto sensu la règle de droit reste obligatoire et sanctionnée, mais en pratique on remarque de plus en plus un glissement vers un droit incitatif, supplétif et souple, sanctionné par des considérations sociales**.


PERMANENTE

La permanence de la règle de droit est une garantie de sécurité juridique : la règle s'applique tant qu'elle n'a pas été abrogée.

La norme ne peut pas tomber en désuétude, en revanche nous pouvons effectuer des abrogations pour défaut d'objet.

Par exemple, en 2015 l'article 2279 du code civil concernant l'action possessoire a été supprimé, cependant les dispositions du code de procédure civile (articles 1264 à 1267) n'avaient pas été abrogées, il a fallu attendre 2017 pour enfin abroger ces textes. Ces 2 années de latence ont donné lieu à un contentieux devant la Cour de Cassation qui énonce par un arrêt **3e Civ., 24 septembre 2020, n° 19-16.370**, que *"l'abrogation de l'article 2279 du code civil, selon lequel les actions possessoires étaient ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possédaient ou détenaient paisiblement, a emporté abrogation des articles 1264 à 1267 du code de procédure civile qui définissaient le régime de ces actions et qui avaient été édictés spécifiquement pour l'application de l'article 2279"*.

Ainsi, la demande qui avait été formulée sur le fondement des articles du CPC en 2016 n'est pas recevable puisque ces articles avaient perdus tout objet dès 2015.

 Le caractère de permanence de la norme est contestable parce que **toutes les normes ne sont pas permanentes**, certaines sont à caractère expérimental, comme le prévoit l'article 37-1 de la constitution :

"La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental."

Pour certain c'est un déclin de la norme, pour d'autre c'est une logique pragmatique : nous avons besoin de connaître les effets de la norme avant de la promulguer de façon définitive.

LES GRANDES DIVISIONS DU DROIT

Le droit est présenté comme un ensemble homogène et compact, pourtant il est divisé. On peut déjà distinguer **le droit national et le droit supranational**. Il existe également la distinction au sein du droit national, du **droit législatif, infra-législatif et supra-législatif**. Et évidemment la distinction **public / privé**, bien que cette distinction soit en train de s'amoindrir car les matières sont de plus en plus transversales, et enfin la distinction **droit substantiel / droit procédural** avec en entre-deux le **droit de la preuve**.

DROIT NATIONAL / DROIT SUPRANATIONAL

Les DLF mettent en exergue cette distinction et les ponts entre les deux notions.

Pour rappel, **le principe de primauté du droit de l'Union européenne (UE) sur le droit national** a été affirmé par la Cour de justice des communautés européennes - devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) - dans **l'arrêt Costa c./ENEL du 15 juillet 1964**.

Le principe de primauté implique que **le droit primaire** (traités et principes généraux du droit européen) **et dérivé** (règlements, directives, décisions) l'emportent sur toute disposition contraire du droit national. La **déclaration n°17 relative à la primauté**, annexée à l'acte final du **traité de Lisbonne**, rappelle la primauté du droit de l'UE.

En application de ce principe, les lois nationales qui entrent en contradiction avec une norme de l'UE, qu'elles soient adoptées antérieurement ou postérieurement, doivent être écartées (**arrêt Simmenthal du 9 mars 1978**).

Les effets du droit de l'UE sont immédiats pour la plupart des textes de l'UE, directement intégrés au droit national : c'est le cas **des règlements et des décisions**. On parle d'**effet direct du droit de l'Union**, qui s'applique sans avoir à être traduit en droit national (arrêt de la **CJCE Van Gend en Loos du 5 février 1963**).

L'effet direct est :

- **vertical** lorsqu'il a un impact sur les relations entre les particuliers et l'État ;
- **horizontal** lorsqu'il joue dans les relations entre particuliers.

Que ce soit à l'encontre d'un État ou d'un autre particulier, **les particuliers peuvent invoquer directement le droit de l'UE devant les tribunaux** (nationaux et européens) pour que le juge le leur applique, indépendamment des textes issus du droit national.

Certains textes, en revanche, ne sont pas d'effet direct : c'est le cas des directives, qui nécessitent **une transposition en droit national** pour pouvoir s'appliquer. Les États membres sont tenus de rédiger ou modifier des textes de leur droit interne afin de **permettre la réalisation de l'objectif fixé par la directive**. Lorsqu'une directive n'est pas transposée, seules **ses dispositions claires, précises et inconditionnelles sont d'effet direct** (arrêt **Van Duyn du 4 décembre 1974**). Cet **effet direct est partiel** : la directive ne peut être invoquée que contre un État membre, et non contre un particulier.

Au delà du droit de l'Union Européenne, depuis la **Constitution de 1946**, le droit français n'est plus considéré comme indépendant du droit international (conception dualiste) ; tous les deux forment un **ordre juridique uniforme (conception moniste)**. **L'article 55 de la Constitution de 1958** reconnaît aux *"traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés [...]"* une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

Le **respect des engagements internationaux** est assuré par la Cour de cassation depuis son arrêt **Jacques Vabre du 24 mai 1975** et par le Conseil d'État depuis son arrêt **Nicolo du 20 octobre 1989**. Les deux juridictions vérifient la compatibilité des dispositions des lois françaises avec les engagements internationaux de la France (**contrôle de conventionnalité**).

Au delà du contrôle effectué par le juge interne, le respect du **droit supranational des systèmes juridiques intégrés** est assuré par **les juridictions qui lui sont dédiées** (CJUE, CEDH, CIJ).

DROIT LÉGISLATIF / INFRA LÉGISLATIF / SUPRA LÉGISLATIF

Cette distinction provient de **René Chapus**.

René Chapus, né le 6 octobre 1924 à Alger et mort le 28 juillet 2017 à Paris, est un juriste français, professeur de droit à l'université Panthéon-Assas (Paris II), spécialisé en droit public (et notamment en droit administratif).

Ses articles et plus encore ses ouvrages constituent une source importante de réflexion sur les droits et contentieux administratifs français, dont il fut l'un des plus éminents connaisseurs.

DROIT LEGISLATIF

Le droit législatif, c'est **le droit classique, noble, révolutionnaire**, qui exprime la **souveraineté nationale avec la supériorité voire le culte de la loi**.

Sous **les IIIe et IVe Républiques**, la **loi se définissait de façon formelle** : la loi était un acte adopté par le Parlement selon la procédure législative et promulgué par le Président de la République. **Le domaine de la loi était sans borne**. Une loi pouvait concerner n'importe quel sujet et même s'appliquer à un cas particulier. Un acte de forme législative ne pouvait être modifié que par un texte de même forme.

Le pouvoir réglementaire du Gouvernement était essentiellement un pouvoir d'application des lois. **Il n'y avait pas de différence de domaine entre la loi et le règlement, mais une différence de forme : la loi était un acte voté par le Parlement et le règlement émanait de l'Exécutif**.

En **1958**, le constituant a souhaité **protéger le domaine propre de l'action du Gouvernement** et soustraire du domaine de la loi de nombreuses questions relevant davantage de l'administration et de la gestion courante des affaires publiques. Dans ses mémoires, **Michel Debré** n'hésitait pas à voir dans ces dispositions « *l'acte de naissance d'un parlementarisme de qualité* ».

La Constitution de la Ve République définit donc le domaine de la loi. **L'article 34** distingue les matières dans lesquelles le Parlement fixe les règles et celles pour lesquelles il détermine les principes fondamentaux.

La **jurisprudence du Conseil constitutionnel a conduit à une extension de fait du domaine de la loi**.

Le Conseil a rappelé que **le domaine délimité par l'article 34 n'était pas exhaustif** : d'autres articles de la Constitution et de son préambule déterminent les matières législatives (déclaration de guerre, état de siège, autorisation de ratification de certains traités, dispositions des articles 72 à 74 relatives aux collectivités territoriales).

NB :

- **Les lois ordinaires** sont des textes législatifs votés par le Parlement dans les domaines définis par l'article 34 de la Constitution.
- **Les lois organiques**, définies à l'article 46 de la Constitution, précisent les modalités d'application des articles de la Constitution.
- **Les lois constitutionnelles** portent révision de la Constitution selon la procédure définie à l'article 89 de la Constitution.
- **Les lois référendaires** sont des lois qui ne sont pas adoptées par le Parlement, mais par référendum (article 11).

DROIT INFRA LEGISLATIF

C'est **le pouvoir réglementaire**.

Ce qui n'est pas du domaine de la loi est du domaine du règlement.

L'article 37 est ainsi le complément de l'article 34 : il définit le domaine réglementaire dans lequel le **Gouvernement peut prendre des décrets**, c'est-à-dire **tout ce qui n'est pas précisément compris dans le domaine de la loi**.

L'article 37 ouvre au pouvoir réglementaire un large champ de compétences, non seulement pour l'application de la loi, mais aussi dans des matières a priori exclues du domaine de la loi. C'est pourquoi on distingue :

- **le pouvoir réglementaire pour l'application des lois**
- **le pouvoir réglementaire « autonome »** défini par exclusion des éléments du domaine de la loi énumérés à l'article 34.

Des procédures ont été mises en place par la Constitution pour permettre au Gouvernement **d'assurer la protection de son pouvoir réglementaire autonome contre les empiètements de la loi** :

- **l'article 41 de la Constitution** permet au Gouvernement ou au Président de l'une des deux assemblées de **déclarer irrecevables, pendant le déroulement de la procédure législative, des propositions de loi ou des amendements qui ne relèvent pas du domaine de la loi**. Ce contrôle mutuel participe d'une préservation de la délimitation entre pouvoirs législatif et réglementaire. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée saisie, le **Conseil constitutionnel se prononce dans les huit jours**. Cette procédure a été peu utilisée depuis le début de la Ve République. Seules 11 décisions relatives à une irrecevabilité ont été prises par le Conseil constitutionnel depuis 1958.
- **l'article 37 alinéa 2** prévoit une procédure de **délégation** : **quand une loi a été adoptée dans un champ relevant du domaine réglementaire, le Conseil constitutionnel peut donner l'autorisation au Gouvernement d'en modifier les dispositions** (par la voie d'un décret). Cette procédure permet d'éviter un recours systématique à la voie parlementaire pour modifier des textes qui ont une forme législative, mais qui sont de nature réglementaire. En pratique, le Conseil constitutionnel fait souvent droit aux demandes de délégation dont il est saisi.

La délimitation des pouvoirs législatif et réglementaire étant prévus par la Constitution (articles 34 et 37), le **Conseil constitutionnel est en principe chargé de s'assurer de son respect** par le Gouvernement mais aussi le Parlement.

En pratique, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas l'intervention de la loi dans le domaine réglementaire. Selon le Conseil, si la Constitution de 1958 reconnaît à l'autorité réglementaire un domaine propre, son esprit ne vise pas à considérer comme inconstitutionnelles les dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi (décision du **30 juillet 1982 Blocage des prix et salaires**).

DROIT SUPRA LEGISLATIF

Le droit supra-législatif est généralement supra-national, mais le supra-législatif c'est aussi tout simplement **la constitution**, qui est au dessus de la loi dans la hiérarchie des normes.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60


Pourquoi le supra national est supra-législatif ? parce que, comme énoncé précédemment, **l'article 55 de la constitution** dispose que :

- *"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie."*

Un éternel débat existe en doctrine sur le point de savoir si **cette soumission aux traités internationaux ne vient pas réduire la souveraineté française**, en réalité il s'agit d'une **soumission volontaire, il y a donc une prééminence de la constitution**.

Les arrêts : Sarrazin 1998, Fraisse 2000, Nicolo 1989, Jacques Vabre 1975, sont à connaître sur cette question.

DROIT PUBLIC / DROIT PRIVÉ

 **Le droit public est multiple**, il ne faut pas confondre **droit public et droit administratif**, le droit administratif est une branche du droit public. De la même manière, **le droit privé est multiple**.

Pour rappel : la suma divisio est une division qui prétend absorber le réel de façon intégrale et définitive, c'est à dire une division binaire, qui prétend que tout ce qui n'est pas dans une catégorie est nécessairement dans l'autre. Nous allons voir que **ce n'est plus le cas pour la division Public / Privé**.

La suma divisio droit privé / droit public relève de **l'histoire du droit** : déjà en droit romain il y avait un droit de la chose publique, peu à peu nous sommes passé à la version jusqu'aboutiste de la division avec des juridictions distinctes et un système juridique administratif complètement distinct. Le juge administratif a créé un nouveau droit matériel spécifique d'origine purement prétorienne.

Certains se sont opposé à cette distinction, estimant qu'elle conduirait à restreindre l'accessibilité du droit, mais il faut nuancer cette critique.

En effet, le droit administratif (branche du droit public) **fût incertain car purement prétorien**, ce qui a pu conduire à de grande divergence entre public et privé. On pense notamment à la question de la supériorité du droit supranational où le conseil d'état et la cour de cassation retenaient des avis très divergeant : alors que la C.Cass a reconnu sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité en 1975 avec **l'arrêt Jacques Vabre**, le Conseil d'état a quant à lui retenu la théorie de la loi écran encore jusqu'en 1989, soit près de 15ans de vision complètement opposées.

Egalement, il a pu exister **des incertitudes tenant au dualisme juridictionnel**, par exemple, pour les agents publics contractuels : il y a eu un doute sur le juge compétent, c'est finalement le tribunal des conflits dans **l'arrêt Berkani de 1996** qui règle la situation.

Toutes ces incertitudes ont effectivement existées, **mais aujourd'hui cela fonctionne plutôt correctement**, le tribunal des conflits fonctionne correctement, et le droit positif est venu gommer les disparités entre le droit public et le droit privé de sorte qu'**aujourd'hui les visions sont harmonisées, et la jurisprudence du conseil d'état fixée**.

Dès lors, **s'il fut un temps où la distinction droit public / Droit privé pouvait effectivement être problématique, il se trouve qu'aujourd'hui elle ne l'est plus**.

En réalité, **aujourd'hui nous pouvons constater que la suma divisio public / privé est dépassée**.

- Premièrement par un mouvement de **publicisation du droit privé**, par exemple pour le droit du travail qui présente aujourd'hui de nombreux cas d'intervention des institutions publiques.
- Deuxièmement par une **constitutionnalisation du droit privé**, et ce avec l'essor des droits et libertés fondamentales.
- Enfin, par **une impossibilité de classification de certaines branches du droit**, notamment le droit fiscal, le droit pénal, le droit immobilier, ou encore le droit des procédures collectives.

Finalement, la suma divisio Public / Privé se gomme au profit de la **suma divisio Droit Commun / Droit Spécial** qui semble plus cohérente.

En DLF, la **suma divisio Droit Personnel / Droit réel** est également pertinente (patrimonial / extra patrimonial).

Thierry Revet soutient également une suma divisio **droit corporel / droit incorporel**.

DROIT MATÉRIEL / DROIT PROCÉDURAL / DROIT PROBATOIRE

- **Le droit matériel** est le droit servant à résoudre les problèmes, **c'est la règle de fond**, le droit substantiel.
- **Le droit procédural** ce sont **les règles qui gouvernent l'action en vue de faire valoir des droits matériels**, nous parlons de la procédure contentieuse, ce sont les règles qui guident le procès, le droit processuel.
- **Le droit probatoire** enfin est au milieu, **l'on ne sait pas trop où le placer**. En effet, si la preuve renvoi au procès et nous amènerait à l'accoler au droit procédural, il reste un gap conséquent entre la preuve civile et la preuve pénale.

LE DROIT MATÉRIEL

Il s'agit du fond du droit, il n'y a donc pas besoin d'y revenir dessus ici, les fiches de DLF le feront.

LE DROIT PROCÉDURAL

LE CADRE GENERAL

La procédure est une succession d'actes nécessaires à l'introduction, la mise en état, au débat, et au délibéré des juges. Nous pouvons également, par extension, considérer que les règles relatives à l'exécution des décisions relèvent du droit procédural car cela relève de la garantie des droits du justiciable.

Ce droit est gouverné tant par des droits nationaux, qu'euro péens et internationaux. En France nous sommes sur une prédominance du **droit au respect d'un procès équitable**, celui-ci est d'ailleurs érigé en **droit processuel universel selon la thèse de Guinchard**.

Il y a évidemment plusieurs procédures et plusieurs juges, cela peut poser problème parfois, mais le **droit européen s'attache à uniformiser le droit procédural**. Ainsi, peu importe la procédure utilisée, les garanties seront les mêmes, d'où cette idée d'universalisme.

Pour pousser le raisonnement de cette uniformisation procédurale, il faudrait appliquer **la procédure commune aussi aux procédures administratives**, c'est notamment l'idée de Louvel, le premier président de la Cour de Cassation de 2014 à 2016. L'idée était intéressante, mais n'est pas nécessairement pertinente au regard de la particularité de la procédure administrative. En effet, le contentieux administratif est un contentieux basé principalement sur la légalité des actes administratifs (REP), et le droit civil ne le connaît pas, dès lors cette idée de procédure universelle n'est pas 100% réalisable.

En droit comparé, nous pouvons citer **le droit anglais qui n'a qu'une seule procédure** pour l'ensemble des branches du droit, mais lorsque l'on regarde plus précisément l'organisation juridictionnelle il s'avère que **de nombreuses sous-sections sont présentes** au sein de la juridiction unique, ce qui revient in fine à un dualisme juridictionnel.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTEPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LES 2 GRANDS TYPES DE PROCEDURES : ACCUSATOIRE / INQUISITOIRE

On distingue traditionnellement deux modèles procéduraux et institutionnels permettant de comprendre l'organisation des juridictions pénales et la place qu'elles réservent aux différents acteurs de la scène judiciaire répressive : **le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire.**

Le modèle **inquisitoire est gouvernée par l'immixtion du juge.**

Il privilégie la **position de surplomb d'un juge représentant l'intérêt général et chargé de diriger l'enquête afin de faire triompher la vérité.** Dans ce système, le juge est un **magistrat professionnel** doté de pouvoirs importants destinés à lui permettre de diligenter lui-même les investigations à charge et à décharge. Les parties ne sont donc pas directement obligées d'assurer l'enquête au soutien de leurs prétentions. Ce modèle appuie sa légitimité sur l'idée que **la justice répressive ne se limite pas à arbitrer un litige entre des plaideurs mais qu'elle intéresse la société même.** En conséquence, la procédure inquisitoire est **généralement écrite, souvent secrète et plutôt non contradictoire** : le juge étant lui-même chargé de produire une vérité judiciaire, la place laissée aux parties y est naturellement réduite.

le système inquisitoire propage une vision plus substantielle de la justice, qui se réfère à **un idéal et présuppose l'intervention d'un tiers pour faire triompher le juste.**

Le modèle **accusatoire privilégie le rôle des parties.**

Le procès y est conçu comme un **affrontement contradictoire, public et largement oral entre l'accusation et la défense.** Si chacune des parties se trouve à égalité avec son adversaire, **chacune doit également prouver les faits au soutien de sa cause.** Le pouvoir du **juge consiste en conséquence à arbitrer**, davantage qu'à instruire : il s'agit, d'une part, de **veiller à la loyauté** du procès et, d'autre part, de **départager les plaideurs** en fonction de leurs prétentions, arguments et preuves. Au sein du système accusatoire, il existe une faible différence procédurale et institutionnelle entre la justice civile et la justice pénale : dans les deux cas, il s'agit pour le juge – dont le rôle peut d'ailleurs sans mal être occupé par un jury en matière pénale – **d'arbitrer entre des intérêts contradictoires.**

Procédure inquisitoire = recherche de la vérité par le juge

Procédure accusatoire = l'arbitrage de la vérité par le juge

- **La procédure civile** française est accusatoire.
- **En matière pénale** il s'agit d'une **procédure mixte** majoritairement inquisitoire pendant la phase policière et d'instruction et plutôt accusatoire pendant la phase de jugement.
- **La procédure administrative** est quant à elle plus ambiguë, elle est plutôt sur le système de l'inquisitoire mais tend de plus en plus vers l'accusatoire.

LES REGLES PROCEDURALE / PROCESSUELLES FONDAMENTALES

Quelle que soit la procédure il y a un **cadre commun** :

- **L'acte de saisine**

C'est un préalable impératif : évidemment c'est **l'assignation ou la requête en procédure judiciaire**, en matière **administrative ce sera la requête en excès de pouvoir.**

Evidemment cet acte de saisine doit être adressé à la bonne juridiction tant matériellement que territorialement compétente.

- **L'instruction**

Le juge va instruire l'affaire avant de pouvoir juger, il va laisser les parties débattre mais peut aussi diligenter des actes de procédure pour obtenir des éléments probatoires.

En matière pénale on pense évidemment au **juge d'instruction**, mais il ne faut pas oublier qu'en matière civile il existe le **juge de la mise en état** qui se charge également de cette phase d'instruction.

Cette instruction se fait à charge et à décharge, il faut **respecter les principes de procès équitable et le contradictoire**.

- **L'audience**

Peu importe la procédure, le principe est celui de **la publicité des débats**, avec un principe de **représentation par avocat**.

Mais il existe évidemment des exceptions.

Il peut également y avoir **le ministère public** (magistrat du parquet) lors des procès, celui-ci n'est pas uniquement présent en matière pénale, **en matière civile il peut être présent pour les procédures collectives, ou pour les contentieux concernant les personnes et les enfants**.

Tout ceci est dans l'optique globale de l'article 421 CPC qui dispose que "Le ministère public peut agir comme partie principale ou intervenir comme partie jointe. Il représente autrui dans les cas que la loi détermine."

- **RAPPEL** : Les magistrats du parquet sont à l'audience mais ne sont pas juges, ils font état du point de vue de la société sur le litige au regard de l'intérêt général.
 - **Magistrat du siège** = **juges** = dire le droit en rendant des décisions de justice, on parle aussi de la magistrature assise (ils sont **indépendants**)
 - **Magistrat du parquet** = **procureur** = requérir l'application de la loi et défendre l'intérêt général, on parle aussi de la magistrature debout (ils sont **soumis à la hiérarchie**).

- **Le délibéré**

Le délibéré est après l'audience. C'est **la phase secrète de la procédure**, nul ne peut y assister mis à part les membres de la formation de jugement.

Postérieurement à l'audience, il est possible de rédiger des **"note en délibéré"** qui seront remises aux juges avant qu'ils ne terminent de délibérer.

La difficulté avec cette note est celle du **respect du contradictoire**, la CEDH admet la possibilité de rédiger cette note, mais tout en respectant le contradictoire, ce qui n'est assurément pas simple... **le juge pourra en tout état de cause refuser la note s'il estime qu'elle viole les règles procédurales fondamentales**.

- **Le jugement**

Stricto sensu, le jugement c'est **la décision au fond rendue par le juge de première instance**, mais **lato sensu**, le jugement est **la décision de justice**.

Le **double degré de juridiction** est le principe permettant la garantie des droits fondamentaux, il existe certaines exceptions avec le premier et dernier ressort, mais il y aura en tout état de cause la possibilité de former un **pourvoi en cassation**.

In fine, de l'acte de saisine jusqu'au jugement, tout est guidé par **le droit au procès équitable**.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LES POINTS DE VIGILANCE PROPRES A CHAQUE PROCEDURE

Avant de préciser chaque procédure, nous pouvons noter que qu'il y a un contentieux qui est écartelé entre 2 procédures : le **contentieux de l'expropriation**, avec une **phase administrative** qui concerne le caractère d'utilité publique" et une **phase judiciaire** sur l'indemnisation et le transfert de propriété.

- **La procédure administrative**

La procédure administrative est classiquement **écrite, collégiale, contradictoire, inquisitoire, et fait appel au rapporteur public.**

- Ecrite

C'est la **jurisprudence qui le prévoit**, ce n'est pas expressément dit au sein du CJA : **CE Sieur Andrei 17 mai 1968.**

L'article R132-1 du CJA prévoit que les parties doivent se borner à présenter des observations orales, ce qui appuie cette jurisprudence.

Ce **caractère écrit est une garantie de traçabilité du débat**, et de respect du **contradictoire**.

Cependant, depuis les années 2000, **la procédure orale tend à se développer devant le juge administratif**, notamment en raison de la hausse des **procédures de référé** (procédure d'urgence permettant au juge de prendre des mesures provisoires). Par ailleurs, certains contentieux spéciaux comme les contentieux des étrangers (entrée, séjour, asile, etc.) ont favorisé le développement de l'oralité.

Nous pouvons y voir un **visage humaniste de la procédure administrative**, lorsqu'il est question de personnes humaines l'oralité se développe, ou a contrario, nous pourrions y voir **un coté déshumanisant** en recherchant la rapidité de l'oralité plutôt que la précision des écrits.

La procédure, bien qu'écrite, est **dématérialisée**, il faut ainsi passer par la **plateforme télérecours**. Cette plateforme permet de désengorger les tribunaux, mais vient aussi conditionner l'accès à la justice aux personnes sachant utiliser les outils informatiques, c'est donc une **procédure discutable**.

- Collégiale

Les **jugements sont rendus en formation collégiale** sauf si un texte en dispose autrement. Cela permet de **garantir l'impartialité**.

Attention, cette thèse n'est pas celle de la CEDH mais bien celle de **Odent** (1907 - 1979), ancien président de la section contentieux du conseil d'état et théoricien du droit administratif. Nous pouvons ainsi affirmer que **les DLF ne sont pas nés avec la CEDH, mais bien avec des théoriciens du droit Français, et notamment en droit administratif.**

Il y a également Motulsky (1905 - 1971) en droit civil qui a inspiré le code de procédure civile.

C'est in fine **l'article L222-1 CJA** qui consacre la collégialité.

Certaines **exceptions sont justifiées par l'urgence** ou des mesures conservatoires ou provisoires : R222-1 et R122-12 CJA.

Egalement, lorsque **les contentieux ne présentent que peu d'enjeux**, la collégialité est abandonnée (ce qui n'est pas nécessairement une bonne chose, cela vient **limiter le principe du procès équitable**).

- Contradictoire

L'article L5 CJA dispose que *"L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence, du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes."*

Encore une fois, **ce principe a été reconnu avant l'élaboration de la CEDH**, c'était notamment avec les arrêts [**CE Dame Tromprier Gravier du 5 mai 1944**](#) et [**CE Aramu du 26 octobre 1945**](#).

- Inquisitoire

On parle aussi de **l'inquisitorialité**, ce se manifeste par le rôle du **juge qui est en charge de l'instruction de l'affaire**, il mène la procédure et la dirige seul.

Ce rôle se trouve aussi mis en œuvre par **le rapporteur**, article R611-10 CJA, ou par la formation du jugement.

Cela reste tout de même à nuancer puisque **les parties gardent un rôle très important**, le juge ne peut trancher que ce qui lui est soumis. Mais, en plus des éléments apportés par les deux parties, **les juges peuvent exiger la production de certaines pièces ou la présentation de certains éléments supplémentaires**. Ils peuvent par exemple **demandeur à l'administration de leur fournir les motifs d'une décision administrative**.

Le principe de **l'inquisitoire est justifié par le déséquilibre important qui existe entre les deux parties** (administré/personne publique) dans un procès administratif.

- Rapporteur public

Il y a une présence historique, on le nommait **"commissaire du gouvernement"**, aujourd'hui il se nomme **"rapporteur public"**, la dénomination a été changée par le décret no 2009-14 du 7 janvier 2009, entré en vigueur le 1er février 2009.

Depuis 2006 (**CJA, art. R. 122-5**), les rapporteurs publics sont nommés par arrêté du vice-président du Conseil d'État sur proposition du président de la juridiction et avis conforme du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. C'est un membre de la juridiction, ce n'est pas une partie, il ne saurait donc interjeter appel.

On le retrouve à **l'article L7 du CJA** qui dispose que *"Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent."*

Le rapporteur public est donc en quelque sorte le conseil de la juridiction. Il joue un rôle clé puisque **ses conclusions ont toujours été inspirantes pour la juridiction, mais également pour la doctrine**, il y a une forme de sagesse dans leurs conclusions.

Son rôle est d'**émettre une opinion** sur la manière dont il convient de traiter une question de droit dans une affaire donnée.

Jean Romieu a été commissaire du gouvernement de 1891 à 1907, il a été l'un des commissaires du gouvernement les plus importants et a contribué à de grandes avancées en droit public.

Le rapporteur ne participe pas aux délibérations, il formule ses observations à l'oral pendant l'audience, **il est le dernier à parler** (ce qui limite un peu le principe du contradictoire), c'est notamment dans ce contexte que des **notes en délibéré** peuvent être produites.

La présence du rapporteur lors du délibéré à fait débat car **l'article R731-7 CJA** énonçait qu'il était présent mais ne prenait pas part aux discussions, la CEDH a alors sanctionné la France car **l'apparence était trompeuse** et pouvait laisser penser que le procès n'était pas équitable [**CEDH KRESS c. FRANCE 7 juin 2001 n°39594/98**](#), dès lors, le nouvel **article R732-2 CJA** dispose que devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel **"La décision est délibérée hors la présence des parties et du rapporteur public."**, en revanche, devant le conseil d'état, **l'article R733-3** dispose que *"Sauf demande contraire d'une partie, le rapporteur public assiste au délibéré. Il n'y prend pas part."*

- **Procédure civile**

C'est une procédure à prédominance largement **accusatoire** même si le rôle du juge tend à croître. Il existe 3 principes fondamentaux : **le dispositif, le contradictoire et ses corollaires**

- Le principe du dispositif

Il régit la répartition des rôles entre les parties et le juge.

- *Le rôle des parties*

L'impulsion de l'instance, la détermination de l'objet du litige, la preuve, **ce sont les parties qui introduisent l'instance et qui y mettent fin.**

Les articles 1 à 11 du CPC précisent que les parties ont à leur charge tous les éléments d'introduction de l'instance ainsi que tous les éléments probatoires.

Rudolf von Jhering (1818 - 1892 Allemagne) disait que **"la preuve est la rançon des droits"**, dès lors, **n'a de droit que celui qui le prouve**, et cette preuve repose sur celui qui prétend (article 9 CPC).

Attention, par principe **la preuve est libre sauf dispositions contraires**. Ainsi les **faits juridiques se prouvent par tout moyen, les actes juridiques eux seront plus généralement prouvés par écrit**. Par exemple, **la preuve de la propriété est libre (Civ. 3e, 20 juill. 1988 ; Civ. 3e, 11 juill. 2000), ce qui est paradoxal car il existe un titre de propriété** qui devrait être la seule preuve légitime de propriété, mais ce n'est pas le cas, la preuve de la propriété est libre et c'est au juge que reviendra l'appréciation de celle-ci. Ainsi, il appartient à celui qui exerce une action en revendication d'établir son droit, et ce par tous moyens, y compris par présomptions, à condition que celles-ci soient graves, précises et concordantes.

Le juge ne peut se fonder que sur des faits apportés au débat (Article 7 CPC).

Un adage dit : **Da mihi factum, dabo tibi jus = Donnes moi le fait, je te donnerai le droit**

Cet adage exprime parfaitement la répartition des rôles selon la conception classique.

- *Le rôle du juge*

Le juge a une obligation de **statuer uniquement sur les questions posées** par les parties, il est saisi **"in jure"**.

Il lui est **interdit de statuer en équité** ou en fonction de ses convictions personnelles, mais, les juges jugent selon leur **interprétation souveraine**.

Même si le juge statue en droit, il faut qu'il détermine les faits pertinents car **le premier et second degré de juridictions sont finalement très casuistiques**.

L'article 12 CPC permet au juge de **requalifier les faits et actes juridiques** qui lui sont soumis afin de leur donner une correcte qualification juridique.

Cependant cet article précise que **la requalification ne peut pas outrepasser le principe du dispositif**.

Le juge n'est pas maître du procès civil, mais il doit veiller à son bon déroulement en veillant au **respect des principes procéduraux** : les délais, le contradictoire ...

Au delà, il doit parfois **diligenter des mesures de régulation ou d'investigation**, ce qui lui permet petit à petit de s'apparenter à un juge d'instruction.

Cela peut nous conduire à **nuancer légèrement le principe du dispositif** en disant que le procès est, au moins à la marge, la chose du juge.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

- Le contradictoire

Le juge doit départir entre le pro et le contra pour déterminer la **vérité judiciaire**. Evidemment la **vérité judiciaire n'est pas la vérité absolue**, parfois les décisions de justice sont injustes, mais le juge **ne tranche que selon le débat des parties**, si les débats ne présente pas la globalité des faits, le juge ne sera pas en capacité de juger l'affaire avec la justesse attendue.

Le principe du contradictoire **s'impose aux parties et à l'égard du juge**, **l'article 16 CPC** dispose notamment que **"Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.**

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations."

Nous avons un exemple de ce principe avec l'arrêt **Ch mixte 6 sept 2002 (n°98-22.981)** qui précise **"Mais sur le moyen de pur droit, relevé d'office après avertissement donné aux parties"**, nous voyons donc que la Cour de cassation applique elle aussi le principe du contradictoire.

En pratique, **"l'avertissement" consiste à envoyer une lettre aux avocats** des parties en indiquant qu'elle ne se fondera pas sur les articles invoqués et qu'elle utilisera tel autre fondement, sans autres explications, ce qui est finalement **un respect très partiel du principe du contradictoire**.

- Les corollaires du contradictoire

- Le principe de la liberté de la défense

L'article 18 CPC dispose que **"Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire."**, **l'article 19** poursuit en indiquant **"Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter, soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne."**

Le débat peut s'ouvrir sur **les pratiques des assureurs qui imposent parfois leurs avocats** lorsque les frais de justices sont couverts par la police d'assurance des parties, ce n'est pas une privation absolue de la liberté dans le choix de sa défense car nous pouvons toujours ne pas choisir cet avocat et s'acquitter personnellement des frais, mais c'est une pratique qui est assez controversée au regard des DLF. Par ailleurs, c'est **une pratique qui est interdite au regard de la déontologie de l'avocat et qui est strictement interdite par le droit des assurances**.

Le débat peut être identique pour **l'aide juridictionnelle**, certains avocats refusent les clients à l'aide juridictionnelle ce qui ne laisse qu'un choix limité aux justiciables bénéficiant de cette aide, ou lors de la **commission d'office**, où c'est une désignation pas le bâtonnier.

Dans ces deux cas, il n'y a **pas de contrariété stricte au libre choix du client**, puisque pour l'aide juridictionnelle il faut aussi prendre en compte le libre choix de l'avocat qui reste indépendant (même si en pratique il y a une obligation de prendre quelques dossiers d'AJ notamment en tant que jeune avocat) et concernant la commission d'office, le client reste libre de refuser l'avocat proposé, à charge pour le bâtonnier d'en proposer un autre

- La publicité des débats

Nous estimons que **le contradictoire est d'autant mieux respecté lorsque les débats sont publics**. Il existe certaines exceptions, notamment pour tous les contentieux de la personne.

- *La bonne tenue des débats*

L'article 24 CPC dispose que "Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice. Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements."

Cela vaut pour **les parties elles-mêmes, mais également leurs avocats** - qui sont en outre soumis à la déontologie de l'avocat et donc au devoirs de courtoisie, modération et dignité.

- *La loyauté des débats*

C'est **l'arrêt 1ere Civ 7 juin 2005** qui affirme que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats.

- **La procédure pénale**

C'est une **procédure mixte comme indiqué précédemment**.

Elle est **secrète, écrite, et non contradictoire, avec un juge enquêteur** au stade de l'enquête et de l'instruction, le but étant de **défendre les intérêts de la société**.

La **phase de jugement** quant à elle est **orale, publique, et contradictoire**, et ce sous l'impulsion des DLF et du procès équitable.

- Le principe de séparation des fonctions judiciaires

L'article préliminaire du CPP énonce qu'il est nécessaire d'assurer **la séparation des autorités chargées de l'action publique et celles chargées du jugement**.

Afin d'assurer une meilleure protection de la liberté individuelle et une parfaite impartialité des juridictions pénales lors de chacun de ces stades procéduraux, la loi impose donc une triple séparation entre les diverses fonctions pénales :

- **entre les autorités de poursuite et d'instruction** (le juge d'instruction doit être saisi par un réquisitoire du ministère public) ;
- **entre les juridictions d'instruction et de jugement** (le juge d'instruction ne peut siéger dans la formation de jugement) ;
- **entre les autorités de poursuite et la juridiction de jugement** (les tribunaux ne peuvent s'autosaisir).

- Le double degré de juridiction

C'est un principe fondamental qui est rappelé à l'**article préliminaire du CPP** (c'est un principe présent au sein de toutes les procédures mais il est encore plus flagrant en procédure pénale).

- Pour **les délits l'appel est effectué devant la cour d'appel judiciaire**, elle sera simplement en formation de jugement pénaliste.
- Pour **les crimes**, historiquement il n'y avait pas d'appel possible, dès lors après réforme, nous avons gardé un vestige de cette exception et désormais **l'appel se fait en réalité devant une nouvelle Cour d'assise autrement composée**.
- Concernant **les contraventions aucun appel n'est possible** (au même titre que les litiges de moins de 5000€ en droit civil) sauf pour les sanctions d'amendes de 1500€ (5e classe) ou en cas de suspension de permis dès lors qu'il y a des dommages et intérêt ou une amende de plus de 150 €.

- L'unité des juridictions civiles et pénales

Le principe d'unité des juridictions civiles et pénales apparaît en premier lieu lorsque l'on examine de près **la composition des juridictions civiles et répressives des 1er et 2nd degrés** : ainsi les **magistrats sont communs aux deux types de juridictions**, et cela est vrai aussi bien pour ceux qui jugent (magistrats du siège) que pour ceux qui font valoir des observations au nom de la société et de l'intérêt général (Ministère public, ou magistrats du parquet : procureurs, substituts et avocats généraux).

Ce sont donc en principe **les mêmes personnes qui jugent et conseillent, quelle que soit la matière civile ou répressive**.

En regardant encore de plus près **l'organisation judiciaire**, on se rend compte que les juridictions répressives ne constituent qu'une chambre particulière des juridictions civiles.

Ainsi, le **Tribunal de police, qui juge les contraventions, n'est rien d'autre que le tribunal judiciaire statuant au pénal**.

De même, le **Tribunal correctionnel, qui sanctionne les délits, est également une chambre du tribunal judiciaire**.

Enfin, il est constant que **les tribunaux civils ne peuvent jamais faire application du droit pénal**. Par exemple si, à l'occasion d'une affaire, un problème de droit pénal est soulevé, il se pose alors une **question préjudicielle**, et le tribunal civil doit surseoir à statuer (i.e. suspendre sa décision) en attendant que le tribunal répressif se prononce sur ce point.

MAIS l'inverse n'est pas vrai : il a toujours été admis en droit français que **les juridictions répressives sont en principe compétentes pour statuer sur les intérêts civils** à l'occasion d'une infraction qui leur est soumise.

- La collégialité

La matière pénale est évidemment LE domaine où il est nécessaire de respecter la collégialité afin d'**éviter les erreurs judiciaires et les décisions partiales**.

Il existe des exceptions, notamment en matière de contravention ou de justice des enfants (le juge des enfants).

Il est en revanche regrettable que le juge d'instruction soit seul, car il est plus susceptible de commettre des erreurs lors de l'instruction comme cela avait pu être le cas dans **l'affaire d'Outreau de novembre 2005** avec une instruction totalement à charge. La mise en place d'une collégialité lors de la phase d'instruction avait été envisagée mais finalement toujours repoussée visiblement pour des considérations budgétaires. La Chambre de l'instruction, juridiction d'appel du juge d'instruction, est quant à elle collégiale et est composée de 3 conseillers

- Le respect du droit au procès équitable

L'article 6 de la CEDH, qui sous l'intitulé de « droit au procès équitable », prévoit dans son §1er que « toute personne a droit à ce que **sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial**, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

La CEDH a ainsi jugé qu'**un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse »** (**Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970**).

Le Conseil constitutionnel veille au respect de **l'égalité des armes**. Il a rappelé que le principe du respect des droits de la défense « implique, notamment en manière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. »

Cette exigence a été reprise par le législateur du 15 juin 2000, qui a inscrit dans **l'article préliminaire au Code de procédure pénale** le « principe de l'équilibre des droits des parties ».

Le principe d'égalité des armes revêt plusieurs applications : il impose une égalité de moyens entre les parties (égalité pour présenter leur cause). C'est également un égal accès aux voies de recours. C'est pourquoi, la CEDH avait condamné la France au motif que le procureur général avait un délai d'appel de deux mois en matière correctionnelle alors que les autres parties disposaient d'un délai de 10 jours (**Ben Naceur c/ France, 3 octobre 2006**). Enfin, il implique **le respect du contradictoire**. Tous les éléments du litige doivent faire l'objet d'un débat entre les parties.

Le respect des droits de la défense est l'un des principes fondamentaux de notre procédure pénale. À cet égard, la loi du 27 mai 2014 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales a eu pour objet de renforcer les droits de la défense en matière de GAV, d'instruction et de jugement.

Le Conseil Constitutionnel en a fait un PFRLR sans toutefois en donner ses implications.

L'article 653 de la CESDH le reprend en tant que composant du procès équitable.

Il y a enfin une **exigence de motivation des peines prononcées** par la Cour d'assises qui est entrée en vigueur le 23 mars 2019 suite à une **QPC du 2 mars 2018**.

LE DROIT PROBATOIRE

C'est un droit qui est entre deux, il a évidemment un lien intime avec le droit procédural car **le juge est tenu de délibérer sur ce qui a été prouvé**, mais dans le même temps, c'est la preuve qui détermine l'ampleur des droits subjectifs en jeu.

En matière pénale, l'impossibilité de la preuve entraîne l'impossibilité de sanction.

En matière civile, l'impossibilité de la preuve entraîne l'impossibilité de reconnaissance du droit.

En matière administrative, la preuve est multiple, elle est subjective concernant le plein contentieux et objective concernant le recours pour excès de pouvoir.

LA PREUVE CIVILE

- **Qui ?** (Charge de la preuve)

En principe, c'est **aux parties elles-mêmes qu'appartient la charge de la preuve**.

Article 1353 du code civil : *"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver"*

Mais le **juge joue lui aussi un rôle important** en matière de preuve. Il est doté de **pouvoirs qui lui permettent d'obtenir des éléments probatoires** nécessaires à sa bonne appréciation du cas litigieux. Il peut notamment ordonner toute **mesure d'instruction** légalement admissible qu'il estime nécessaire à la solution du litige (**article 10 CPC**). Les parties sont alors tenues d'apporter leur concours aux mesures ordonnées, le juge pouvant tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

- **Quoi ?** (l'objet de la preuve)

Article 9 CPC : *“Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.”*

Les parties apportent les faits, le juge apporte le droit.

NB :

- **La production des preuves** consiste à verser au débat un élément probatoire soutenant des prétentions émises.
- **La communication des preuves** consiste à permettre à toutes les parties à l'instance de prendre connaissance d'un élément probatoire produit par une partie afin d'en discuter la validité ou la pertinence. Elle participe donc du **respect du caractère contradictoire du procès**. Cette communication doit avoir lieu dans un « **temps utile** » laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond (**Cass., ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592**).

- **Comment ?** (mode de preuve)

L'article 1358 du code civil consacre expressément **le principe de la liberté de la preuve** en énonçant que « *hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être rapportée par tout moyen* ».

Par exception les actes juridiques de plus de 1 500€ doivent être prouvés par écrit = article 1359 du code civil.

De même, **la filiation** ne peut être prouvée que par un acte de naissance, de reconnaissance ou un acte notarié.

Les **parties au litige peuvent fournir plusieurs types de preuves** :

- **des preuves littérales (articles 1363 à 1380 C. Civ)** : elles consistent en des **écrits sous seing privé ou authentiques** qui peuvent tous donner lieu à une contestation. **L'acte contresigné par avocat** constitue une nouveauté de la réforme du droit des obligations (**article 1374 C. Civ**). Il est également à noter que « **la copie fiable** à la même force probante que l'original » (**article 1379 C. Civ ; Décr. n° 2016-1673 du 5 déc. 2016**) ;
- **des preuves testimoniales (article 1381 C. Civ)** qui consistent en des **déclarations faites sur des faits dont leurs auteurs ont eu personnellement connaissance** ; ainsi que **l'aveu** qui consiste à reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques (**articles 1383 et s. C. Civ**)
- **le serment décisive** ou **déferé d'office (articles 1385 à 1386-1 C. Civ)**

Le juge peut ordonner des **mesures d'instructions réalisées par un technicien** :

- la **constatation (articles 249 et s. CPC)** ;
- la **consultation (articles 262 et s. CPC)** ;
- l'**expertise (articles 263 et s. CPC)**.

Dans l'exercice de son pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction, le juge peut recourir à des preuves qui ne requièrent pas le concours d'un technicien. Ainsi peut-il :

- procéder à une **vérification personnelle (Articles 179 à 182 CPC)**
- ordonner la **comparution personnelle des parties (Articles 184 à 198 CPC)**
- solliciter la **déclaration d'un tiers (Articles 199 à 231 CPC)**.
- ordonner à l'une des parties d'effectuer un **serment supplétoire** afin d'établir en l'absence d'autres preuves la véracité d'un fait litigieux (**Articles 317 à 322 CPC**).

Il existe également des **présomptions**. Il est admis que le juge puise dans **les circonstances de la cause la preuve du fait contesté**, c'est le mécanisme des **présomptions judiciaires**, qualifiées également de **présomptions du fait de l'homme** ou **présomptions de fait**.

On retrouve le **raisonnement par induction**. Il est mis en œuvre par le juge qui, **à partir d'un ou plusieurs indices connus, va tirer des conséquences quant à la réalité du fait contesté**.

En application de **l'article 1382 du Code civil**, seules les présomptions « **graves, précises et concordantes** » sont admises, mais également qu'elles ne peuvent être admises par le juge « **dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.** »

Exemple : pour reconstituer la vitesse à laquelle roulait la voiture, on mesure les traces qu'ont laissées les pneus sur la route. On prouve ainsi directement des faits (traces de pneus) qui ne sont pas l'objet de la preuve (vitesse), mais en établissant un lien de causalité (la trace de pneus est la conséquence d'une certaine vitesse), on déduit de la preuve fournie la preuve indirecte de la vitesse.

Il est en revanche des cas où **le raisonnement inductif** consistant à tirer un fait inconnu d'un fait connu **est mis en œuvre, non pas par le juge, mais par le législateur lui-même** ; c'est le mécanisme des **présomptions légales** ou présomptions de droit.

L'article 1354 du Code civil dispose que : *“La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains **dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve**. Elle est dite **simple**, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite **mixte**, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite **irréfragable** lorsqu'elle ne peut être renversée”*.

Il s'agit donc d'un **déplacement de l'objet de la preuve** plus que d'un mode de preuve.

On retrouve **par exemple** ce mécanisme de déplacement de l'objet de la preuve avec la célèbre présomption « **pater is est** » énoncée à l'article 312 du Code civil. Cette disposition pose que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Ainsi, pour que le mari de la mère établisse son lien de filiation avec l'enfant, il lui faudra prouver, non pas l'existence d'un lien biologique, mais que la naissance est intervenue pendant le mariage.

Enfin, la preuve libre ne veut évidemment pas dire preuve illicite ou déloyale.

- **La preuve illicite** est celle qui est interdite par la loi. **Par exemple**, concernant la preuve de la **filiation par test ADN**, le législateur a posé des conditions très strictes (**Article 16-10 et s. C. Civ**) tenant à l'obligation de procédure judiciaire, et de consentement exprès de la personne testée. Dès lors, un test ADN réalisé à l'insu de la personne est illégal, donc la preuve serait illicite.
- **La preuve déloyale** : la Cour de cassation, dans le souci de garantir l'éthique du débat judiciaire, a fixé des limites au principe de liberté de la preuve en consacrant en 2011, par un arrêt d'assemblée plénière, un **principe de loyauté dans l'administration de la preuve** (**Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316**). Dans ce cas, la Cour avait notamment énoncé que **l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve. Les SMS eux sont admis** car l'on considère que la personne envoyant un SMS a conscience que son message restera dans le temps et pourra être utilisé contre elle. Un contentieux certain va apparaître sur la nouvelle fonctionnalité des messageries permettant de supprimer et de modifier ses messages écrits.

Il faut noter que depuis un arrêt d'**Assemblée plénière en date du 22 décembre 2023 n°20-20.648**, la Cour de cassation admet que **des moyens de preuve déloyaux peuvent être présentés au juge dès lors qu'ils sont indispensables à l'exercice des droits du justiciable**. Toutefois, la prise en compte de ces preuves ne doit pas porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de la partie adverse (vie privée, égalité des armes etc.)

Cette solution constitue un revirement de jurisprudence. Elle s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle répond à **la nécessité de ne pas priver un justiciable de la possibilité de faire la preuve de ses droits**, lorsque la seule preuve disponible pour lui suppose, pour son obtention, une atteinte aux droits de la partie adverse.

LA PROCEDURE PENALE

- **Qui ?** (charge de la preuve)

La question de la charge de la preuve est intimement liée au principe de la **présomption d'innocence**, principe à valeur constitutionnelle ([Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, sécurité et liberté](#)). C'est un principe énoncé à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans l'article préliminaire du code de procédure pénale, à l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et même à l'article 9-1 du code civil.

En conséquence, **la charge de la preuve de la culpabilité incombe à la personne poursuivante** : en l'occurrence au **ministère public ou à la partie civile**.

Ce principe souffre toutefois de tempéraments. Ainsi, le Conseil constitutionnel ([Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC](#)), tout comme la Cour européenne des droits de l'homme ([CEDH 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France](#)) ont admis la possibilité de **présomptions de culpabilité**, dans certains domaines particuliers (**droit routier, droit de la presse, droit douanier**) et en **matière contraventionnelle** de façon générale, dès lors que ces **présomptions ne sont pas irréfragables et respectent les droits de la défense**.

- **Quoi ?** (objet de la preuve)

L'article 427 CPP dispose que **le juge doit fonder son intime conviction sur les éléments de preuve**, dès lors il convient de rapporter tous les éléments de preuve permettant au juge de trancher.

- **Comment ?** (mode de preuve)

L'article 427 CPP dispose que **"Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve"**

La question de l'administration de la preuve est gouvernée par un principe de liberté. Il pourra dès lors s'agir d'aveux, d'indices, de témoignages, d'écrits quels qu'ils soient, d'enregistrements audio ou vidéo, de preuve par « testing »...

De la même manière qu'en droit civil, il convient de **respecter le principe de loyauté de la preuve**, bien qu'**en droit pénal il existe un seuil de tolérance bien plus élevé** du fait des enjeux en cause.

- [Cass Crim 15 juin 1993](#) : dès lors qu'il ne s'agit pas d'une autorité publique, le juge ne peut écarter un moyen de preuve au seul motif qu'il aurait été obtenu de façon illicite ou déloyale.
- [Ass plé 9 décembre 2019](#) : S'il s'agit de l'autorité publique, le recourt à la ruse poussant à la commission de l'infraction est une preuve déloyale irrecevable.

LE DROIT ET LES AUTRES ORDRES NORMATIFS

DROIT ET RELIGION

La règle religieuse ne commande ni la règle civile ni la règle pénale en France. Mais historiquement c'était le cas, puis il y a eu des dérives telles que l'inquisition, ce qui a conduit à laïciser le droit.

Cependant, il est évident que **les règles que nous connaissons actuellement sont d'origine religieuse**, par l'influence du judéo-christianisme en France, et que cette **coloration religieuse** existe toujours aujourd'hui.

Par exemple la prohibition du meurtre : ce sont les différentes religions qui ont instauré la règle "**tu ne tueras point**", puis le code pénal est venu sanctionner le meurtre, mais en soi, le code pénal n'énonce pas cette règle. La protection des enfants provient également de la religion.

Le **droit des contrats**, plus étonnamment, trouve aussi son inspiration au sein des dogmes religieux avec notamment **la force obligatoire des contrats** qui provient de la **force de la parole donnée**, nous retrouvons également **l'exécution forcée en nature** qui provient du fait que cultuellement, lorsque l'on se **parjure**, nous pouvons être forcé à exécuter la parole donnée.

L'exception d'inexécution est également une règle d'origine canonique comme l'indiquait René Cassin, qui considérait qu'il y avait une influence du fait religieux sur le droit civil.

ATTENTION, **la bonne foi, bona fides, a une origine romaniste** (donc pas religieuse mais bien romaniste).

La **responsabilité civile et la mouvance indemnitaire pour les dommages corporel est en lien évident avec la sacralisation du corps humain**. Cela peut provenir d'une influence religieuse mais il ne faut pas occulter le caractère fataliste de la religion également, c'est donc une notion entre deux.

A compter de 1905 la **loi de séparation de l'église et de l'état** est promulguée et le principe de laïcité apparaît, cela implique une **reconnaissance des religions** (car sinon on aurait imposé l'athéisme) mais une **indépendance de celle-ci avec le système juridique et judiciaire**.

DROIT ET MORALE

Nous pensons à la morale religieuse, et effectivement la frontière est fine, la morale est intrinsèque à la religion. Mais **la morale est en réalité une règle de conduite intérieure, c'est plus personnel que la religion**, il y a une influence religieuse, mais elle existe indépendamment de la religion.

La **morale est l'apanage de l'homme**, mais peut-on reconnaître une morale animale ? ou est ce simplement de l'instinct ? actuellement, la doctrine s'accorde sur le fait que **la morale est propre à l'homme**.

En soi, **contrevenir à la morale n'emporte aucune sanction**, quand la morale est reliée à la religion, il peut y avoir une **sanction religieuse**, quand la morale est appréhendée par le droit, sa violation donnera lieu à des sanctions.

Ainsi nous pourrions presque dire que **nous avons un droit à l'immoralité dès lors que l'on ne dépasse pas les bornes du droit, nous avons un droit à la turpitude**.

Le moment où **le droit s'empare de la morale** est lorsque celle-ci touche à **l'ordre public, la moralité publique, l'intérêt général et évidemment tout le droit pénal**.

Certaines règles de fond sont également dictées par la morale :

- **La bonne foi** : morale sociale, comportementale, la mauvaise foi est un usage immoral d'une prérogative.
- **Le devoir de non contradiction judiciaire (estoppel)** : morale procédurale (en droit Français on ne le connaît pas, mais en DIP oui)
- **Le droit des étrangers** : morale humaniste
- **L'obligation d'éthique environnementale** : morale sociale
- **Le biodroit** : morale sociale
- **L'euthanasie** : morale sociale, c'est d'ailleurs une question que le droit doit traiter mais qui le dépasse.
- **Le statut juridique de l'embryon** : morale sociale, de la même manière c'est un sujet très sensible, en effet l'embryon ne peut pas être apparenté au néant, mais on ne peut pas non plus le reconnaître juridiquement au risque de remettre en cause l'IVG. Le conseil national de l'éthique a proposé une définition humaniste en disant que c'est une "personne humaine potentielle"

Tout ceci pose des questions profondes, notamment le fait de **savoir si finalement le fait moral ne commanderait pas la règle de droit**. Certains l'affirment et relèvent le problème qui en découle : la dépendance du législateur à la société lors de ses tentatives de réglementation de cette dernière, impliquant que ce soit finalement **la société qui se règle elle-même**.

En réalité la règle morale reste personnelle, elle ne vient influencer que notre comportement personnel au regard de notre conscience. **Pour que la morale puisse intégrer le domaine du droit il faut nécessairement une novation**, c'est ainsi que l'on parle de **la novation de l'obligation naturelle en obligation civile à l'article 1110 du code civil**.

DROIT ET ÉQUITÉ

On peut penser que c'est de la morale, c'est une morale particulière, **une morale d'attribution à chacun de ce qui paraît être proportionné à sa situation**. Philippe Gestaz disait que c'est **"la justice discrète des cas particuliers"**. Or le juge ne peut pas traiter les cas particuliers, il doit appliquer **une règle de droit qui est générale et égalitaire**.

Nous pouvons résumer cette situation en énonçant que **pour un sentiment d'équité dans un cas particulier nous risquons, à l'échelle globale, le chaos, d'où la volonté de n'appliquer qu'une justice égalitaire et non équitable**.

C'est ainsi la raison de la séparation des pouvoirs, afin de n'avoir qu'un **juge bouche de la loi, appliquant ainsi une règle égalitaire et non équitable**.

Dans certains cas limités, **la loi fait une place à la notion d'équité en laissant au juge le soin de se déterminer "ex aequo et bono"** (selon ce qui est équitable et bon) c'est à dire, en écartant les règles légales lorsqu'il estime que leur application stricte aurait des conséquences inégalitaires ou déraisonnables. Ainsi **lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis**, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage et il n'est pas fait de distinction, ni selon que les dépenses ont été faites dans l'intérêt des indivisaires ou d'un seul, ni selon que le bien est, ou n'est pas, attribué à cet indivisaire. **(1ère Chambre civile 6 décembre 2005)**

On pense également aux **quasi-contrats**, qui viennent rectifier une situation juridique injuste. Ainsi, la Cour de cassation a créé le principe de l'enrichissement sans cause dans un arrêt de la **chambre des requêtes du 15 juin 1892**, et cela a été consacré par le législateur à l'**article 1303 C. Civ.**

Nous pensons également à l'**article 1194 du code civil** qui dispose que *"Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi."*

En matière procédurale, l'**article 12 CPC** autorise le juge à juger en équité quand les parties le demandent (**amiable compositeur**). Dans la **procédure de l'arbitrage**, la désignation des parties, d'un arbitre ayant la mission de juger comme "amiable compositeur" vaut mandat pour le ou les arbitres d'écarter la règle de droit et de juger en fonction de l'équité.

Enfin il y a une émanation de l'équité obligatoire en droit procédural : **le droit au procès équitable.**

DROIT ET DÉONTOLOGIE

La déontologie est **une morale spécifique puisqu'elle est professionnelle.**

Elle est particulièrement pratiquée pour les **professions réglementées** (avocat, médecin, expert comptable...). Elle est indépendante du droit puisqu'**en théorie sa violation n'est pas assortie de sanctions civiles ou pénales.** Cependant, affirmer que la violation de la déontologie n'est pas assortie de sanctions est faux puisqu'il y a, à minima, des **sanctions disciplinaires.**

La limite "déontologie / Droit" tend à s'amoinrir :

- La plupart des **règles déontologiques ont une valeur réglementaire** (le règlement intérieur national des avocats par exemple)
- On peut faire **appel des sanctions disciplinaires devant les juridictions de droit commun.**
- De plus en plus de jurisprudences manifestent la **coïncidence entre faute professionnelle et faute civile délictuelle** (pour les avocats par exemple c'est un manquement à l'obligation de conseils et de sécurité qui est civilement reconnu)
- On a des **règles déontologiques qui correspondent à des infractions pénales** (le secret professionnel)

Il existe depuis quelques années, et d'autant plus avec la médiatisation des faits divers et des procès en cours **une médiatisation des avocats, ce qui génère un important débat déontologique.**

Me Alexandre Silva, avocat de la présumée dans l'affaire de la petite Lola en 2022, a fait une intervention sur BfmTV qui était en fait un cours magistral de déontologie devant des journalistes assoiffés de buzz.

Alors qu'il était questionné sur l'attitude de sa cliente, il rappelle que cette question s'inscrit dans le champ du **secret professionnel**, de la même façon que toutes les informations sur l'enquête, il indique alors qu'il **refuse de répondre au risque de violer son serment et le secret de l'instruction.**

Il rappelle également que **la seule exception à ce secret est celui de la nécessité de défendre sa cliente sur le terrain médiatique**, or cette nécessité contrôlée par l'ordre n'était pas caractérisée en l'espèce.

Pour rappel, le serment de l'avocat comporte **5 valeurs déontologiques primordiales** :

"Je jure, comme Avocat, d'exercer mes fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité**"

Au delà des valeurs du serment il y a des principes professionnels **honneur, loyauté, désintéressement, confraternité, délicatesse, modération, courtoisie, égalité et non discrimination** il y a enfin 4 principes à l'égard du client **compétence, dévouement, diligence et prudence**.

Tous n'ont pas ce respect de la déontologie, on pense très récemment à l'**affaire Pélicot** avec notamment **Me Nadia El Bouroumi** (avocat de la défense) qui est apparu sur les réseaux sociaux avec une attitude et des propos provocateurs au sujet de la victime dans ce procès en cours.

On pense aussi à **Me Sarah Saldmann** qui est habituée des plateaux télé, étant notamment chroniqueuse dans l'émission les Grandes Gueules ou encore Touche pas à mon poste. Elle est d'ailleurs à l'affiche d'un film documentaire en 2024 la mettant en scène dans la peau "d'une personne au smic" pendant 1 mois, une belle preuve de respect de la déontologie...

LES DROITS

Lorsque nous parlons "des droits" nous parlons du droit subjectif, qui sont **des prérogatives individuelles que les sujets de droit objectif peuvent revendiquer et opposer**.

Notre droit occidental s'est construit autour des droits subjectifs que la **DDHC** consacre, mais il y a des limites posées, par exemple : **notre liberté s'arrête où commence celle des autres**.

L'arbitre du conflit entre les droits subjectifs sera évidemment le droit objectif.

C'est ici toute la problématique de la critique des DLF, **il ne faut pas être extrémiste dans la subjectivisation des droits**, tout ne peut pas être fondamental, **il faut rechercher un équilibre avec comme arbitre le droit objectif**.

A l'inverse, il ne faut pas devenir anti-fondamentaliste comme l'était Elon Burk, il faut simplement garder en tête que **tout droit être pondéré par le droit objectif**.

C'est la doctrine de **Jean Carbonnier** : l'un doit découler de l'autre.

La société a tendance à trop subjectiviser le droit, conduisant parfois à des **situations presque déviantes**, reconnaissant **par exemple** une application des **droits subjectifs extra patrimoniaux aux personnes morales**.

A ce titre nous pouvons citer l'arrêt **CE Anticor 7 octobre 2022** :

L'association anti-corruption "Anticor" avait demandé la production des comptes annuels de la fondation Louis Vuitton au tribunal administratif de Paris en se fondant sur l'article L300-2 du code des relations publiques. Le tribunal a refusé, l'association a donc formé un pourvoi en cassation et l'arrêt énonce - en se fondant sur une jurisprudence de CE 17 avril 2013 Ministre du travail c/ cabinet de la taille - que **la communication de ces comptes porte atteinte à la vie privée de la personne morale considérée**.

C'est **une position que ne reconnaît pas du tout la Cour de cassation**, elle avait énoncé dans un arrêt **Civ 1ere 17 mars 2016** que **seules les personnes physiques pouvaient se prévaloir de l'article 9 du code civil**.

Et en effet, en se rappelant que la fiction juridique de la personne morale a été créée pour régler une problématique de patrimoine on se dit qu'il est quelque peu délirant de lui reconnaître de telles prérogatives.

La logique subjectiviste envahit également la réflexion dans le cadre du droit des animaux. Pour certains, ce droit doit être réfléchi de façon totalement subjectiviste, cette vision, bien que louable moralement, est incorrecte juridiquement.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

En effet, **le statut de l'animal a évolué en 2015**, le reconnaissant désormais comme des êtres doués de sensibilité (**article 515-14 C. Civil**). Mais il n'est donc **pas expressément reconnu comme une "personne"**, car cette qualification entraîne l'application du droit subjectif ce qui n'est pas juste juridiquement. Ce serait **une déformation de la notion de personnalité juridique** dangereuse au titre de la sécurité juridique car cela reviendrait à reconnaître tous les attributs de la personnalité juridique aux animaux, ce qui implique la possibilité d'agir en justice, de contracter etc...

Ce problème de la subjectivisation à tout va est une **problématique très technique**, ce n'est pas tant un problème idéologique, mais bien un problème pratique : **comment mettons nous en œuvre les droit subjectifs pour les animaux ou les robots ?**

L'intelligence artificielle est très problématique sur ce point. Elle innerve maintenant tous les domaines de la société. On en trouve des manifestations en médecine où l'on travaille actuellement sur un robot assistant-médecin ou robot de soins, capable de poser un diagnostic ; en matière de sécurité civile, avec le développement de logiciels de reconnaissance faciale, permettant d'identifier une personne présente à une manifestation par exemple ; dans l'industrie automobile avec la mise au point de voitures autonomes ; en assurance avec l'apparition d'outils capables de calculer, à partir de données provenant de sites internet, de prévoir de futurs sinistres et d'identifier des profils de risques attractifs, de justice prédictive...

Faut-il lui accorder une personnalité juridique, et si oui, quelles en seraient les implications ?

Pour certains auteurs, le développement de l'intelligence artificielle justifierait **la création d'une troisième catégorie de personnes**. Selon Alain Bensoussan, « *l'intelligence artificielle et la liberté décisionnelle qu'elle implique pose la question de la création de nouveaux droits tangentiels* », dont seraient titulaires les robots, à la faveur d'une personnalité juridique particulière : **la personnalité robot**. On le voit, selon cet auteur, **le fondement même de la reconnaissance d'une personnalité robot est l'autonomie**, la liberté de décision dont ces robots peuvent faire preuve.

Les partisans de l'attribution d'une personnalité juridique aux robots considèrent comme possible cette création, tout comme l'a été la **création de la personnalité des personnes morales**, laquelle démontre **la liberté du législateur de créer une nouvelle catégorie de personnes juridiques**. Comme la personne morale, la personne robot disposerait d'un **numéro d'identification** et devrait **figurer sur un État civil** robot qui permettrait de faire le lien entre le robot et son responsable. Elle devrait par ailleurs disposer d'un **capital destiné à indemniser les tiers des dommages** qu'elle aurait provoqués et dont le montant serait déterminé en fonction des risques que le robot est susceptible de faire courir aux tiers.

Cependant, l'attribution d'une personnalité, fût-elle « singulière » aux robots, est une source d'incohérences. En effet, le fondement affirmé de cette personnalité se trouverait dans l'autonomie procurée par l'intelligence artificielle. Or **cette autonomie ne suffit pas à justifier cette personnification**. En effet, bon nombre d'entités sont autonomes sans pour autant se voir reconnaître d'aptitude à avoir des droits. C'est le cas des animaux, lesquels, comme êtres animés, jouissent d'une naturelle autonomie et qui pourtant ne peuvent bénéficier de la personnalité juridique comme indiqué précédemment. À l'inverse, **l'absence d'autonomie décisionnelle de certaines personnes ne leur fait pas perdre pour autant la qualité de personne juridique** et c'est peut-être précisément dans ce cas que la protection attachée à la personne est la plus nécessaire.

Par ailleurs, l'un des objectifs de la reconnaissance d'une personnalité singulière aux robots serait de les protéger. Or **cet objectif n'implique pas nécessairement la reconnaissance de la personnalité**. Des biens, des choses, peuvent faire l'objet d'une protection. Encore une fois, le cas des animaux, qui fait l'objet du même type de revendications, est ici assez éclairant. En effet, bien qu'on leur ait reconnu récemment la qualité d'êtres vivants doués de sensibilité, ils n'en restent pas moins classés dans la catégorie des biens, meubles ou immeubles lorsqu'ils sont attachés à l'exploitation d'un fonds. Ils n'en font pas moins l'objet d'une protection particulière par le droit.

L'attribution d'une personnalité juridique aux robots paraît également superflue pour protéger les personnes physiques.

La situation pourrait, sous réserve de certaines adaptations, être réglée par **la responsabilité du fait des produits défectueux ou la responsabilité du fait des choses.**

- **le producteur du robot sera responsable** si le dommage causé est consécutif à une défaillance de la machine, laquelle ne serait pas conforme à l'exigence de sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre au moment de la mise en circulation du produit, compte tenu des circonstances notamment de présentation du produit et de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu.
- Si le robot n'est pas défectueux, **la responsabilité du fait des choses, prévue à l'article 1242 du Code civil rendant responsable l'utilisateur de la chose, qu'il en soit ou non propriétaire, dès lors qu'il en est le gardien.** Concédonc néanmoins que cela nécessiterait quelques adaptations ou clarifications, notamment quant à la possibilité pour un produit immatériel tel qu'un logiciel d'être considéré comme un produit.

Finalement, **2 textes sont intervenu au cours de l'année concernant l'IA :**

- **le règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle**
- **La convention cadre du Conseil de l'Europe du 17 mai 2024 sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit.** (Ses dispositions devront être transposées dans le droit national des États signataires).

LES DROITS SUBJECTIFS

LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF

Comme indiqué, les droits subjectifs sont les prérogatives que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit, c'est-à-dire aux personnes physiques (les individus) et aux personnes morales (groupements d'individus). Le droit objectif a pour vocation la protection des droits subjectifs, lesquels n'existent que s'ils sont reconnus par le droit objectif.

Pour être titulaire de droits subjectifs, il faut avoir l'aptitude à acquérir et à exercer des droits. Cette aptitude, que l'on appelle la personnalité juridique, est ce qui permet de distinguer les sujets de droit des objets de droit. Cela fait référence au développement précédent concernant la reconnaissance de la personnalité morale. Evidemment **les personnes physiques ont une jouissance complète des droits subjectifs et les personnes morales vont bénéficier de droits subjectifs adapté à leur situation.** **Par exemple** pour le droit à l'honneur, pour les personnes morales il sera question de sa **réputation** sur un marché plus que son honneur au sens générique du terme.

Comme exprimé précédemment, **la subjectivisation du droit est séduisante mais doit être pratiqué avec précaution afin de ne pas créer des anomalies juridiques.**

La difficulté est réellement la mise en œuvre, typiquement la reconnaissance des droits subjectifs pour les éléments de la nature pourrait être possible, mais de la même manière que pour les animaux, comment le mettre en œuvre ? Le préjudice écologique a été mis en place, mais une fois de plus un relai objectif est nécessaire.

La problématique du caractère discrétionnaire des droits subjectifs pourrait être soulevée dès lors qu'ils sont **attaché de facto au sujet de droit**. Mais en réalité le droit positif nous indique que ce n'est pas le cas, **en dépit de leur sacralité, les droits subjectifs ne sont pas discrétionnaires** parce qu'il faut les concilier avec les droits subjectifs des autres les droits objectifs.

Au delà, **la notion de droit subjectif n'est pas exclusive de la notion d'abus de droit**, il faut ainsi bien distinguer la **reconnaissance de la prérogative et l'exercice de celle-ci**.

C'est en réalité **la théorie de l'abus de droit qui encadre la notion de droit subjectif**. La doctrine de **Leon Duguit** précisait que **ce n'est pas parce que l'on nous reconnaît un droit subjectif qu'il faut en abuser sinon c'est le désordre**.

Cette question de l'abus de droit subjectif s'est posé pour le plus absolu de tous les droits : **le droit de propriété, est-il purement discrétionnaire ?** Non, car l'on ne peut user de son droit de propriété en préjudiciant celui des autres.

C'est l'objet de la jurisprudence **Clement Bayard, Chambre des requêtes 3 aout 1915** : **on ne peut se prévaloir de son droit de propriété dans le but de nuire à son voisin**.

Il n'en reste pas moins qu'étant le droit le plus absolu, **la reconnaissance d'un abus dans sa mise en œuvre est assez délicat et nécessite une faute d'une certaine gravité et un comportement particulièrement malveillant**.

Le grade inférieur à l'abus du droit de propriété est **le trouble anormal du voisinage**, ce n'est pas un abus de droit, c'est une **théorie purement prétorienne** sanctionnant les troubles anormaux causés à son voisinage.

- Usage de son droit de propriété **avec intention malveillante = abus de droit**
- Usage de son droit de propriété **sans intention malveillante mais créant un trouble anormal = trouble anormal du voisinage**
- Usage de son droit de propriété **sans intention malveillante et créant un trouble normal = pas de sanction**.

A contrario, on retrouve une forme **d'abus toléré pour les suppressions d'ouvrage ou de végétal empiétant**, alors que l'intention malveillante pourrait être caractérisée chez un voisin qui ordonne la suppression d'une bâtisse car elle dépasse de quelques millimètres sur son terrain. Ici **l'abus n'est pas caractérisé car des considérations de politique publique entre en jeu**, si l'on autorise l'empiètement on autorise l'**expropriation pour cause d'utilité publique sans juste et préalable indemnité**.

La **logique de la proportionnalité reconnue en droit des obligations** par exemple pour l'exécution forcée en nature n'est **pas transposée en droit de la propriété** car le sujet est trop sensible.

Seules quelques rares exceptions ont été constatées sur le fondement de l'atteinte à la vie privée et la vie de famille lorsque la démolition demandée conduisait à la destruction de la résidence d'une famille.

Evidemment, **le contrôle de l'exercice des droits subjectifs par l'abus de droit ne se limite pas au droit de propriété, mais il en reste l'exemple le plus flagrant**.

Comme autre exemple de droit subjectif contrôlé par l'abus nous pouvons citer **le droit d'ester en justice** qui est sanctionné par la qualification de **poursuites abusives** ou **le droit des contrats** avec la sanction pour **rupture brutale des négociations ou rupture brutale des relations commerciales**. Cela nous démontre que l'intention de nuire n'est pas toujours un critère de l'abus de droit, cela dépend des matières.

LES SOURCES DES DROITS SUBJECTIFS

Les vrais droits subjectifs patrimoniaux sont des **actes juridiques ou des faits juridiques créant des prérogatives individuelles**. C'est aussi la loi, qui peut reconnaître autoritairement des droits subjectifs via le droit objectif qu'elle énonce.

L'ACTE JURIDIQUE

L'acte juridique est une manifestation de volonté en vue de créer des effets de droit ou de modifier l'ordonnement juridique, évidemment cette modification n'est possible que parce que le droit positif l'admet, **c'est bien le droit positif qui donne sa valeur à la volonté individuelle et non l'inverse**, il est naïf de penser que l'on est complètement autonome dans l'expression de notre volonté.

L'acte juridique existe évidemment en droit privé, l'on distingue

- **Acte juridique créateur d'obligation** : contrat, engagement unilatéral
- **Acte juridique non créateur d'obligation** : reconnaissance d'enfant naturel, testament
- **Acte juridique conservatoire** : destiné à conserver des actifs patrimoniaux
- **Acte juridique d'administration** : destiné à l'administration d'un bien (exemple le bail)
- **Acte juridique de disposition** : destiné à la modification du contenu du patrimoine (acte grave nécessitant l'accord du propriétaire"

L'article 1100-1 du Code civil dispose que : **Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit**. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

Mais il existe aussi en droit administratif, l'intégralité des actes administratifs sont des actes juridiques.

LE FAIT JURIDIQUE

L'article 1100-2 du Code civil dispose que **Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit**. il n'y a donc aucune **intervention de la volonté**.

Il existe des **faits juridiques obligationnels** tels que les quasi-contrats ou la responsabilité civile, et des **faits juridiques non obligationnels**, comme la naissance, ou la mort.

LE DROIT OBJECTIF

Il s'agit de **la loi lato sensu**, et nous pouvons finalement dire que c'est **la source originelle des droits subjectifs car in fine, les actes et les faits juridiques n'ont de la valeur que parce que la loi les reconnaît**.

La loi reconnaît des droits subjectifs sans qu'aucun acte ou fait ne soit nécessaire, par exemple le droit à la pension alimentaire, ou la prestation compensatoire, elle est due par le seul fait de la loi. En effet, si ces créances résultent du divorce, celui-ci n'est pas un fait juridique obligationnel, c'est bien la loi qui reconnaît le droit à la pension alimentaire lorsqu'un divorce est prononcé.

LE DROIT NATUREL

C'est une question majeure, **le droit naturel peut-il reconnaître des prérogatives individuelles au delà ou par delà le droit objectif ?** Pouvons nous l'utiliser pour combler le droit objectif lacunaire ?

Le droit naturel est une notion assez abstraite en réalité, c'est un droit très théorique. On ne parle plus du droit naturel divin mais du **droit naturel laïque de Grotius qui est un droit humain qui s'impose à l'état pour garantir les prérogatives de l'humain.**

Le droit supranational qui judiciarise les valeurs du droit naturel laïque est la CEDH. On a vu que les lois peuvent parfois contredire totalement les fondamentaux humains, il a donc été nécessaire d'affirmer qu'il y a des valeurs transcendantes qui s'imposent à l'humanité.

LA CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS

LES DROITS SUBJECTIFS PATRIMONIAUX

C'est toute la **théorie juridique du patrimoine de Aubry et Rau**. Il n'y a aucun texte qui définit le patrimoine, ce n'est que de la théorie doctrinale corolaire de la personnalité juridique.

La théorie consiste à dire que **s'il y a une personne il y a un patrimoine, et inversement**, d'où la **nécessité de créer la fiction juridique de la personne morale** afin de lui permettre de posséder un patrimoine propre.

Concrètement, **les droits patrimoniaux sont les droits subjectifs qui sont susceptibles d'une évaluation pécuniaire, et qui entrent à ce titre dans le patrimoine de l'individu.**

En vocabulaire courant, le patrimoine, est un **ensemble de choses** - des immeubles surtout, mais également des meubles - qui nous appartiennent, que l'on tient parfois de sa famille, et qui constituent plus ou moins notre richesse.

En droit, le patrimoine est **l'ensemble des droits et des obligations patrimoniaux présents et à venir** détenus par une même personne. Le patrimoine comprend aussi bien **un actif** (incluant les droits que l'on a sur les choses et sur les gens) et **un passif** (les dettes du titulaire).

La **titularité d'un patrimoine est un droit fondamental** :

1. **Toute personne** a un patrimoine (même s'il est vide, ou criblé de dettes) ;
2. **Seule une personne** peut avoir un patrimoine (ni les choses ni les groupements dépourvus de personnalité morale ne peuvent avoir de patrimoine) ;
3. Le patrimoine dure **aussi longtemps** que dure la personnalité juridique (de la naissance à la mort). Une personne ne peut donc de son vivant céder l'intégralité de son patrimoine, ce qui équivaldrait à céder sa personnalité juridique.
4. Chaque personne n'a **qu'un patrimoine**. Il n'est en principe pas possible de compartimenter, de cloisonner le patrimoine. cette vision classique de la théorie est cependant remise en question depuis l'évolution du statut de l'entrepreneur individuel. En effet, depuis **le 15 mai 2022**, **l'entrepreneur individuel possède un patrimoine professionnel et un patrimoine personnel** et ce de plein droit.

En vertu du **principe d'unité du patrimoine**, **chaque** élément de l'actif répond de **tous** les éléments du passif : on exprime cette idée en disant que le patrimoine **est une universalité juridique**, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations soumis à un **régime juridique global**.

LA TYPOLOGIE DES DROITS PATRIMONIAUX

Il existe des droits personnels et des droits réels :

- **Droit personnel**

Le droit personnel - ou obligation - est le droit qu'a une personne, appelée créancier, d'exiger une certaine prestation d'une autre personne, appelée débiteur.

Ce droit personnel a un **effet relatif**, il ne vaut ainsi qu'entre les parties, en revanche **il s'impose aux tiers en sa qualité de faits juridique.**

- **Droit réel**

Les droits réels sont **les droits que l'on a sur une chose susceptible d'appropriation**

C'est **le lien juridique d'exclusivité entre une personne et une chose.**

On a tendance à considérer que la chose dont on parle en droit est forcément **corporelle**, c'est-à-dire qu'elle a une existence vérifiable, tangible (une table, un chien, un arbre, une maison). Mais il est possible d'inclure dans cette catégorie les **choses incorporelles**, sans existence palpable (une part de société, un savoir-faire, un logiciel, une chanson). Dans l'hypothèse des choses incorporelles, c'est davantage **au droit** portant sur la chose, qu'à la chose elle-même, que l'on va s'intéresser.

Le droit s'intéresse surtout aux **choses appropriées**, ce qui est le cas le plus fréquent : la plupart des choses font l'objet d'un droit de propriété, le propriétaire pouvant être un particulier, une société, une association, une collectivité publique...

Cependant, il existe des **choses non appropriées** :

- On appelle **res communis** les choses communes, qui appartiennent à tout le monde, et ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation privative : l'air, l'eau de la mer et des eaux courantes (ruisseaux et torrents).
- On appelle **res nullius** : les choses sans maîtres, qui ne sont pas appropriées, mais sont néanmoins susceptibles d'appropriation : le gibier, les poissons d'un torrent.
- On appelle **res derelictae** : les choses abandonnées par leur ancien propriétaire : un trésor, un chien abandonné.

Les droits réels portent donc nécessairement sur des choses **susceptibles d'appropriation**.

La **distinction entre les meubles et les immeubles** est une **distinction fondamentale du droit français**, héritée du droit romain.

- **Les choses mobilières** sont celles qui **peuvent se transporter** d'un lieu à un autre, qu'elles se meuvent seules (animaux) ou non (meubles meublants...) - Art. 528 du C. civ.
- **Les choses immobilières par nature** sont celles qui **ne peuvent pas être déplacées**, ou qui sont **immobiles par nature** : elles sont énumérées aux articles 518 et s. du C. civ..
- **Les choses immobilières par destination** sont des choses mobilières par nature, mais **la loi les répute immeubles** car elles ont été placées par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds ou les a **attachés « à perpétuelle demeure »**

Qu'ils soient meubles ou immeubles, les droits réels se classent en **droits réels principaux et droits réels accessoires**.

- Les droits réels principaux

- *La propriété*

Parmi les droits réels principaux, **le droit de propriété** est le plus important : c'est le droit **le plus complet** qu'une personne puisse exercer sur une chose.

L'article 544 du code civil dispose que *"La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements."*

- Les composantes de la propriété

- **L'usus**

L'usus est le fait d'user ou de ne pas user de la chose comme on le souhaite sous réserve de la loi et de l'intérêt général. Nous pensons ainsi aux limites précédemment évoquées : **l'abus de droit** ([Clément Bayard](#)) et le **trouble anormal du voisinage**.

- **Le fructus**

Le fructus est le droit de tirer les fruits du bien. Attention, **les fruits sont différents des produits**, ces derniers en altèrent la substance. Le fruit peut être **naturel** (culture), **industriel** (activité de l'homme) ou **civil** (capacité de la chose à être mobilisé contractuellement).

Le débat a été porté sur **l'image du bien**, est-ce un fruit ? La Cour de cassation indique dans un arrêt [Café Gondré de 1999](#) que oui le propriétaire du bien doit avoir le monopole de son image, ce qui a été critiqué au regard du droit d'auteur du photographe, ainsi la Cour de cassation amorce un revirement en 2001 puis en [2004 l'assemblée plénière](#) affirme **qu'il n'y a pas de monopole sur l'image du bien, sauf atteinte à la vie privée**.

- **L'abusus**

L'abusus est le droit de disposer d'une chose en la détruisant, en cédant les droits qu'on a sur elle (vente, donation), ou en la grevant de droits réels (par exemple en l'affectant d'une hypothèque).

Une décision du [Conseil Constit de 1998 lutte contre les exclusions](#) rappelle le versant négatif de cette prérogative : **le droit de ne pas disposer de son bien**, sauf expropriation pour utilité publique contre une juste et préalable indemnisation.

Nous l'avons évoqué, **l'expropriation pour cause d'utilité privé** est impossible sauf rares exceptions telles que la cession forcée de mitoyenneté (**article 661 du code civil**).

- Les caractères de la propriété

- **Absolue**

Compte tenu des trois attributs du droit de la propriété, ce dernier constitue le droit réel le plus complet. C'est la raison pour laquelle il est également dit « absolu », c'est-à-dire que **les prérogatives que le propriétaire peut exercer sur son bien sont sans limite, dans la mesure où les lois et les règlements sont respectés**.

Le fait d'**affirmer qu'il s'agit d'un droit absolu peut être étonnant car il existe tout de même de fortes limites** telles que les servitudes légales, l'abus de droit et les troubles anormaux du voisinage. Ainsi, il faut bien **concilier l'absoluité du droit de propriété avec les impératifs sociétaux** concurrents (par exemple le droit de l'urbanisme).

Historiquement oui, la propriété était absolue, après l'abolition des droits féodaux, mais aujourd'hui le caractère absolu est amoindri.

◦ Exclusive

L'exclusivité caractérise le monopole du propriétaire sur son bien. Le droit de propriété s'apparente également, en principe, à un droit exclusif en ce sens qu'il présente un **caractère individuel**. Cela signifie que, sauf le cas particulier d'un démembrement, **seul le propriétaire dispose d'un monopole sur son bien.**

Idem, **beaucoup d'exceptions peuvent être répertoriées : les servitudes** (où l'usus et le fructus sont partagées entre le fond servant et le fond dominant), **le droit à l'image du bien** (depuis le revirement de jurisprudence il n'y a plus d'exclusivité sur ce potentiel économique du bien), **la propriété collective** (l'exclusivité est partagée entre tous les indivisaires ou les copropriétaires - précisant que la copropriété est très attentatoire à l'exclusivité, même sur la partie privative du bien).

Mais a contrario, un exemple de l'exclusivité brutale est celui de la **suppression des empiètements** précédemment cité.

◦ Perpétuelle

La perpétuité se caractérise par le fait qu'**il est impossible de perdre la qualité de propriétaire**, il **n'existe pas de prescription extinctive**, le non usage prolongé ne pourra pas nous faire perdre la qualité de propriétaire et l'action en revendication de propriété est imprescriptible : [C. Cass 1972 Etang Napoleon](#)

En revanche, **lorsqu'il existe un possesseur différent du propriétaire, de grandes exceptions doivent être relevées :**

- En matière mobilière : l'article 2276 : **En fait de meubles, la possession vaut titre.**
- En matière immobilière : **l'usucapion** : celui qui **se comporte comme un propriétaire en fait et en intention pendant le délai de la prescription acquisitive** (10 ans de bonne foi et 30 ans de mauvaise foi) **acquiert la propriété.**
 - La question s'est posée de savoir si ce n'était pas attentatoire aux DLF, mais [CEDH 2007 PY limited c/ R.U](#) énonce qu'il n'y a pas d'atteinte car c'est un simple aménagement du régime de la propriété.
 - En réalité c'est évidemment attentatoire car nous avons dit que l'action en revendication était perpétuelle, mais si un possesseur de bonne ou mauvaise foi obtient l'usucapion c'est terminé. C'est ainsi une solution quelque peu hypocrite.
 - Il pourra être répondu que cela respecte les apparences, ce qui est également important pour la sécurité juridique

■ Les démembrement de propriété

• L'usufruit

C'est un droit réel qui confère l'usus et le fructus de la chose. Il s'agit d'un droit réel autonome qui doit être publié au registre des hypothèques afin d'être opposable aux tiers, au même titre que la propriété.

L'usufruit peut être cédé mais ne peut pas être transmis, et la cession ne pourra porter sur la propriété pleine et entière, elle ne peut porter que sur les droits détenus par l'usufruitier cédant.

Le quasi usufruit porte sur les biens consommables, il contrevient ainsi à l'interdiction d'atteinte à la propriété car la chose est détruite, mais cette atteinte est admise dès lors qu'une chose de même nature, qualité et quantité est rendue.

• Les servitudes

une servitude est une charge imposée sur un immeuble, qualifié de fonds servant, pour l'usage et l'utilité d'un immeuble, appelé fonds dominant, appartenant à un autre propriétaire.

La qualification de servitude nécessite au moins deux fonds appartenant à des propriétaires différents (**Articles 637 et 705 C. Civ**). Le principe ne s'applique qu'autant que les fonds appartiennent entièrement et exclusivement au même propriétaire.

Les **servitudes continues** sont celles dont **l'usage est ou peut être continu sans avoir besoin du fait actuel de l'homme** : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les **servitudes discontinues** sont celles qui **ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées**, telles par exemple que les servitudes de passage ou de puisage.

Les **servitudes apparentes** sont celles qui **s'annoncent par des ouvrages extérieurs**, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les **servitudes non apparentes** sont celles qui **n'ont pas de signe extérieur de leur existence**, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Elle peut être légale ou conventionnelle.

• Le droit de jouissance spéciale

C'est une illustration de l'abusus puisqu'il s'agit de **démembrer sa propriété de façon arbitraire**, **C. Cass 2012 Maison de poésie** énonce qu'il est possible de démembrer sa propriété comme on le souhaite conventionnellement.

LE REGIME JURIDIQUE DES DROITS PATRIMONIAUX

- **la cessibilité (entre vifs)** : on peut les vendre, les échanger, les donner ;
- **la transmissibilité (pour cause de mort)** : ils passeront dans l'héritage du défunt ;
- **la prescriptibilité** : on peut les perdre si on ne les utilise pas pendant un certain temps (prescription extinctive) ou les acquérir par un usage prolongé (prescription acquisitive) ;
- **la saisissabilité** : le créancier du titulaire peut les faire vendre et se payer sur leur prix.

LES DROITS SUBJECTIFS EXTRA - PATRIMONIAUX

LA TYPOLOGIE DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX

Comme leur nom l'indique, les droits extrapatrimoniaux sont ceux qui n'entrent pas dans le patrimoine de la personne, car ils **ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation pécuniaire**. Ils relèvent d'un autre ordre de valeur : **ils concernent davantage les intérêts moraux de la personne, dans son mode de vie, ses sentiments intimes, sa vie intellectuelle, son corps**.

Les droits extra-patrimoniaux se caractérisent par leur grande diversité. Certains relèvent des **libertés publiques** (droit de vote, d'éligibilité), des **grandes libertés individuelles** (liberté d'opinion, d'expression, de croyance) et des **libertés collectives** (liberté syndicale, droit de grève).

Ils s'exercent avant tout dans les **rapports verticaux c'est à dire entre les individus et l'Etat**. Tous les textes énonçant les droits subjectifs extra-patrimoniaux précités sont destinés à **cantonner le pouvoir étatique en garantissant aux individus une sphère de liberté** dans laquelle la puissance publique ne peut s'immiscer.

Cependant, depuis quelques années, et sous l'impulsion de la Cour EDH, **les droits de l'homme tendent à développer des effets horizontaux**. Grâce à la théorie de **l'obligation positive**, la Cour n'hésite pas à sanctionner les Etats qui ne mettraient pas en œuvre des mesures permettant d'assurer le respect des droits garantis par la Conv EDH dans les relations individuelles.

A la suite de ce phénomène, nous observons que **certains droits de l'homme invoqués par un individu à l'encontre d'un autre se recoupent avec les droits classiques de la personnalité**. Par exemple, **le droit à la vie privé, le droit au respect de sa dignité, le droit à l'image, la présomption d'innocence, ou encore le droit au respect de son intégrité physique**.

A contrario, il y a des droits extra-patrimoniaux qui ne nous protègent pas pour notre qualité d'homme mais pour les **circonstances particulières dans lesquelles nous nous trouvons**. Par exemple, **les devoirs mutuels de respect, la fidélité, les droits attachés à la filiation, l'autorité parentale**.

LE REGIME DES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX

Attachés à la personne de leur titulaire, et parce qu'ils sont dépourvus de valeur pécuniaire, les droits extra-patrimoniaux sont, en principe, **incessibles, intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles**.

Ce principe est toutefois nuancé, la réalité étant beaucoup plus complexe... Depuis plusieurs années se développe **un phénomène de patrimonialisation de certains droits de la personnalité**.

Le titulaire d'un nom par exemple peut valablement consentir à son utilisation à des fins commerciales. Une personne peut, moyennant une contrepartie financière, donner son consentement à la divulgation de certains événements relevant de l'intimité de sa vie privée, à la publication de photographie.

Naturellement le juge a posé de strictes conditions, il vérifie que l'autorisation est limitée dans son objet et sa finalité.

Mais admettre une contractualisation des libertés individuelles n'est ce pas déjà remettre en cause leur nature même de droit fondamentaux ?

Y'a-t-il une marchandisation des droits fondamentaux ?

Il est possible de le penser... sauf à reconnaître une renonciation à titre onéreux de nos droits, ce qui est très artificiel comme qualification.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

Concernant **la protection** de ces droits, la meilleure protection reste encore la prévention. C'est en ce sens que le juge va prendre **des mesures en amont afin d'éviter l'atteinte**.

Cette méthode est flagrante concernant le **respect de la vie privée** avec **l'article 9 alinéa 2** du code civil, ou encore la **dignité humaine** avec notamment l'exemple de la décision [CE 2014 Ministre de l'intérieur c/ Dieudonné](#), avec une interdiction de représentation pour éviter de porter atteinte à la dignité humaine.

Ce dernier exemple nous permet également de remarquer que **les droits subjectifs extra-patrimoniaux sont régulièrement en opposition**, ici **la liberté d'expression a été limitée au nom de la protection de la dignité humaine**.

Si l'atteinte ne peut pas être empêchée, **une réparation pécuniaire sera octroyée**. Nous avons ici une nouvelle illustration de la **patrimonialisation des droits extra-patrimoniaux**, qui revêtent subitement une valeur pécuniaire.

Les juges posent certaines présomptions afin de faciliter la réparation, celle-ci concerne généralement le préjudice moral.

Enfin, concernant **l'extinction** des droits extra-patrimoniaux, elle se situe **en théorie à la mort de l'individu ou avec la disparition de la situation particulière justifiant une protection**. Cependant, certains droits persistent, notamment le **droit au respect de sa dignité**, cela a une valeur symbolique.